

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO**

**AÇÃO COLETIVA PASSIVA:
FUNDAMENTOS E PERFIS**

JORDÃO VIOLIN

**CURITIBA
2007**

JORDÃO VIOLIN

**AÇÃO COLETIVA PASSIVA:
FUNDAMENTOS E PERFIS**

Monografia apresentada à Disciplina de Direito Processual Civil como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Sérgio Cruz Arenhart

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

JORDÃO VIOLIN

AÇÃO COLETIVA PASSIVA:

FUNDAMENTOS E PERFIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Sérgio Cruz Arenhart

Prof. Alcidez Munhoz da Cunha

Prof. Homero Marchesi

Curitiba, 18 de outubro de 2007

A meus pais, a quem devo a vida e
as oportunidades.

A meu avô Edson e à Dada, cujos
olhos sempre brilharam ao imaginar
este momento.

AGRADECIMENTOS

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho.

À minha família, pelo apoio, incentivo e pela paciência em reordenar diariamente as dezenas de livros que insistiam em amanhecer sobre a escrivaninha;

Aos Professores Fredie Didier Jr. e Diogo Maia, sempre solícitos em indicar caminhos, fornecer material bibliográfico e sanar dúvidas com admirável disposição e espantosa brevidade;

Ao meu orientador, Professor Sérgio Cruz Arenhart, cujos ensinamentos nos últimos quatro anos transbordaram os campos do Direito.

À Renata, pelas inenarráveis conversas.

“O eterno paradoxo da alma humana, de que nos apercebemos a cada momento, é que ela possa ser a um só tempo inteiramente livre e inteiramente dominada pelas leis”.

(Oscar Wilde, *De profundis*)

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO

PARTE I – FUNDAMENTOS DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

1. INTERESSES

- 1.1. Pressupostos teóricos
- 1.2. Contraposição de interesses
- 1.3. Direito de Ação

2. REPRESENTAÇÃO DE INTERESSES

- 2.1. Natureza jurídica da legitimação
- 2.2. Representação de pessoas e representação de interesses
- 2.3. Dificuldades de correntes da representação de pessoas
- 2.4. A representação adequada como fundamentos do modelo de representação de interesses
- 2.5. Coisa julgada *secundum eventum litis* e a extensão *in utilibus* de seus efeitos no modelo de representação de interesses
- 2.6. O tratamento da coisa julgada no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos

3. REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

- 3.1. Os fundamentos da doutrina que nega ao juiz o poder controlar a representatividade do legitimado
 - 3.1.1. *O controle de representatividade é instrumento de proteção dos direitos coletivos e difusos, efetivando o princípio da economia processual*
 - 3.1.2. *A previsão legal de uma legitimação ativa não gera presunção absoluta de representação adequada para os legitimados coletivos*
 - 3.1.3. *Controle sobre a atuação do Ministério Público*
- 3.2. Elementos da adequação de representação
- 3.3. Representatividade adequada nos Anteprojetos de Código de Processo Coletivo
- 3.4. Possibilidade de controle judicial sobre a adequada representação *de lege lata*
- 3.5. O novo papel do juiz perante os direitos metaindividuais

PARTE II – PERFIS DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

1. AÇÃO COLETIVA PASSIVA: UMA NECESSIDADE PRESENTE

2. AS BASES DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

2.1. Histórico

3. UMA PROPOSTA DE LEGE LATA

3.1. Propositura da ação

- 3.1.1. *O Ministério Público como réu*
- 3.1.2. *Demanda em face de coletividade representada por um não-legitimado*

- 3.2. Suspensão da prescrição
- 3.3. Controle judicial da representação adequada
- 3.4. Provas e Coisa Julgada
 - 3.4.1. *Pedido individual contra a classe*
 - 3.4.2. *Pedido coletivo contra a classe*
- 3.5. Sentença
- 3.6. Rediscussão da causa já julgada

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

RESUMO

O presente trabalho objetivou verificar a receptividade do sistema jurídico brasileiro a uma ação coletiva passiva. Para tanto, foram estudados os argumentos a favor e contra uma demanda nesses moldes. Foram estabelecidas premissas, como o controle judicial sobre a adequada representação do legitimado coletivo, que pode e deve ser efetuada pelo juiz, e é logicamente inferida do ordenamento processual. A coisa julgada coletiva, igualmente, não é óbice para a propositura de ação em face do grupo. Destacou-se a necessidade de regramento das ações coletivas passivas, ainda que não expressamente. Foram abordadas as principais dificuldades dessa inversão dos pólos tradicionalmente ocupados em ações coletivas, procurando-se manter a ordem em que essas peculiaridades ocorrem no processo. Em todo o trabalho, manteve-se a preocupação com os direitos dos representados e sua vinculação pela sentença coletiva. Sempre que possível, foi feito estudo comparativo com o direito norte-americano, muito mais desenvolvido em sede de ações contra uma coletividade que o direito brasileiro.

INTRODUÇÃO

O direito é um produto cultural e, como tal, só existe enquanto continuamente praticado e produzido.¹ A compreensão dos institutos jurídicos que nos são dados pelo ordenamento é tarefa fundamental para qualquer operador inserido no *civil law* – sistema em que o pensamento dogmático é característica inelutável.

A necessidade de lidar com enunciados normativos, contudo, não exime o jurista de pensar criticamente. Afinal, o direito positivo é ele mesmo um produto, construído pelos homens e em constante mutação. Sua aplicação demanda interpretação. Ainda que fosse indiscutível, não seria lícito ao operador do direito deixar de conhecer suas origens e finalidades.

Isso porque, para o jurista, normas são dados. São a matéria-prima a partir da qual será construído o direito, sua ciência em permanente construção. Assim, para existir, o direito precisa ser continuamente aplicado, o que exige interpretação. Exige que se trabalhem os dados de que se dispõe.

Enunciados normativos, por si sós, não fazem um jurista, “da mesma forma como as notas do piano se oferecem a qualquer um, sem que isso nos torne compositores; da mesma forma como as palavras se oferecem a todos nós, sem que isso nos torne poetas; da mesma forma como as tintas se oferecem a quem quer que as deseje, sem que isso os torne pintores. Falta uma capacidade criadora, um poder de síntese e organização, uma imaginação que traz à existência coisas que não existiam, um poder para pular e saltar...

¹ “Não sendo o direito algo situado no que é captável por nossos sentidos e também capaz de existir (materialmente) prescindindo de nosso operar, ele somente pode existir se *produzido* pelos homens. É um *produto*, uma realidade situada no universo do exclusivamente humano – o da cultura”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10.

Também na ciência: os dados, sem a centelha que lhes dá arquitetura e os põe em movimento, são inertes, mortos, mudos”.²

Disso se extrai que, ao contrário do que acreditava o positivismo jurídico, não é possível retirar do direito toda e qualquer subjetividade. Para ser continuamente praticado e produzido, o direito precisa ser interpretado. As normas precisam ser trabalhadas. Sem alguém que lhes dê forma, aplicação, explicação, conteúdo, organização, não há jurista; não há direito. Daí a genialidade de Oscar Wilde, ao afirmar que “o eterno paradoxo da alma humana, de que nos apercebemos a cada momento, é que ela possa ser a um só tempo inteiramente livre e inteiramente dominada pelas leis.”³

Inteiramente livre em sua capacidade criadora, valorativa, investigadora. O cientista do direito deve preencher de sentido os enunciados normativos, meros dados vazios de significado. Deve buscar a adequação deles às necessidades e deficiências sociais. O direito só se justifica enquanto meio de distribuição de justiça. E o processo, instrumento desse ideal, deve ter supridas quaisquer deficiências que o impeçam de veicular adequadamente tais pretensões.

Inteiramente dominada pelas leis, a criatividade do jurista é constantemente limitada pelo próprio direito vigente.⁴ No afã de atingir o valor de justiça, não raro o operador escolhe os meios errados para tanto. Valor, explica José Afonso da Silva, “é tudo aquilo que orienta (indica diretrizes) a conduta humana. É um vetor (indica sempre um sentido) que guia, atrai,

² ALVES, Rubem. *Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e a suas regras*. 11. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 145.

³ WILDE, Oscar. *De Profundis* e outros escritos do cárcere. São Paulo: L&PM, 2002, p. 48.

⁴ Considera-se, aqui, como direito vigente, não apenas o direito positivo, mas o ordenamento em seu contexto, levando em consideração as relações intra e extratextuais que possam existir, num ciclo em que não só a norma influencia o meio, como também o meio contribui para a significação da norma.

consciente ou inconscientemente, o ser humano. O *valor* comporta um julgamento, e, pois, uma possibilidade de escolha entre caminhos diferentes”.⁵ Não se pode, por isso, deixar o intérprete completamente livre em sua tarefa de preencher as normas.

Conjugar essas duas facetas – liberdade criativa e vinculação de seu caminho – exige perseverança. De posse dos dados a serem trabalhados, o cientista do direito deve buscar os valores constitucionais, sem se desviar da estrada traçada pelo ordenamento em vigor.⁶

O problema é que nem sempre as novas construções são fundadas naquilo que Nietzsche chamou “pensamento calculador”. Comparando filósofo e cientista, afirma ele: “dir-se-ia ver dois andarilhos diante de um regato selvagem, que corre rodopiando pedras: o primeiro, com pés ligeiros, salta sobre ele, usando as pedras e apoiando-se nelas para lançar-se mais adiante, ainda que, atrás dele, a todo instante, afundem bruscamente nas profundezas. O outro a todo instante detém-se desamparado, precisa antes construir fundamentos que sustentem seu passo pesado e cauteloso; por vezes isso não dá resultado e, então, não há deus que possa auxiliá-lo a transpor o regato. O que leva o pensamento filosófico tão rapidamente ao seu alvo? Acaso ele se distingue do pensamento calculador e medidor por seu vô mais veloz através dos grandes espaços? Não, pois seu pé é alçado por uma potência alheia, ilógica, a fantasia. Alçado por esta, ele salta adiante, de possibilidade em possibilidade, que por um momento são tomadas por certeza em vô. Um

⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35.

⁶ “A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas sim a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 45.

pressentimento genial as mostra a ele e adivinha, de longe, que nesse ponto, há certezas demonstráveis”.⁷

É possível – e até corriqueiro – que, nessa tarefa de dotar de significado as proposições normativas, o jurista o faça tendo em vista o valor a ser atingido, alçado até esse objetivo pela crença de que concretizará o comando constitucional. Ele não trilha o caminho previamente traçado para atingir esse valor, como seria esperado. Ao contrário, tomado por essa “potência alheia”, por essa “inspiração genial”, o jurista voa até o ponto onde esperava chegar e, do alto desse cume, olha para trás para conferir se a estrada sobre o qual planou é aquela definida pelo ordenamento.

Tratar de ação coletiva passiva implica seguir esse método. Não se pode defender a possibilidade de litigar em face de interesses transindividuais sem antes ter a certeza de que tal procedimento concretiza valores constitucionais. Em especial, o direito de ação e o acesso à justiça. Do topo do monte em que se erigem esses princípios, é que o estudioso deve olhar se há uma estrada segura que o leve até lá. Se, na busca desses valores, não foram suplantadas outras garantias e direitos fundamentais. Ou, ainda, se o ordenamento não possui outros caminhos que levam ao mesmo lugar.

A judicialização de interesses contra uma classe é necessidade presente. São diversos os exemplos de ações dessa natureza já ajuizadas ou em trâmite, a despeito de ainda se discutir se tal demanda seria ou não viável; se essa viabilidade se amoldaria ao atual regramento processual; se seria possível suprir as omissões da disciplina legal sobre o assunto.

⁷ *Os Pré-Socráticos*, Col. Os Pensadores, V.1, pp. 16-17.

A título de exemplo, podem-se citar as seguintes ações: Ação Civil Pública nº 1016/2004, da 2ª Vara Cível de Curitiba-PR, proposta pelo Ministério Público em face do Sindicato dos Postos Revendedores de Combustíveis, visando a fixar um teto para os lucros da categoria; Ação Civil Pública nº 2000.0173.3752-7/0, da 2ª Vara Cível da comarca de Baturité-CE, proposta pelo Ministério Público em face dos comerciantes da cidade, para desobstrução de vias públicas; Interdito Proibitório nº 2004.34.00.010685-2, da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, ajuizada pela União em face da Federação Nacional dos Policiais Federais e do Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal, em razão da greve nacional da categoria, dentre outras, que serão mencionadas no decorrer do estudo.

Percebe-se, assim, que a exegese das leis processuais deve atender às necessidades sociais. Diante de ações coletivas passivas se multiplicando pelo território nacional, é dever do operador do direito trabalhar com as normas em vigor de modo a suprir as carências de uma interpretação mais restritiva.⁸

O objetivo do presente trabalho é apresentar os fundamentos que permitem a uma classe ocupar o pólo passivo de demanda judicial, além de abordar os perfis que tal ação assumiria diante do ordenamento posto. Para tanto, o estudo será dividido em duas partes.

Na primeira, buscar-se-á demonstrar a necessidade lógica da aceitação da ação coletiva passiva, decorrente do próprio conceito de lide. A partir daí, serão desenvolvidos temas como o direito de ação, representação adequada e o sistema de coisa julgada. A função dessa análise é compatibilizar tais

⁸ “Ultrapassada a fase marcadamente conceitual, pela qual a doutrina almejou, didaticamente, introduzir as noções fundamentais do novo modelo processual, é chegado o momento de refletir sobre os avanços e as frustrações percebidas, analisando-se a realidade da aplicação da tutela coletiva pelos Tribunais nacionais, sobretudo após o implemento de algumas importante alterações legislativas no sistema original”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 18.

institutos tanto com a necessidade de se demandar em face da classe quanto com as garantias que permeiam todo o direito processual coletivo brasileiro, as quais não poderiam ser em momento algum olvidadas.

Já a segunda parte apresenta uma proposta *de lege lata* para a ação coletiva passiva. Uma vez fixadas premissas que demonstrem a necessidade e possibilidade de tal ação no direito brasileiro, serão abordados os aspectos mais problemáticos de uma demanda em face do grupo. Tais peculiaridades serão estudadas, na medida do possível, na ordem em que aparecem durante o processo judicial.

O fato de se apresentar uma proposta *de lege lata* não significa a desnecessidade de alteração legislativa para que a ação coletiva passiva tome contornos mais claros e seguros. Mas uma proposta baseada nas leis processuais atuais é justificada pelas várias ações já em curso, além da chamada litigiosidade contida – demandas que não se judicializam pela falta de regramento adequado sobre a matéria. Retomando a metáfora de Nietzsche, pode-se dizer que uma proposta *de lege ferenda* representaria chegar ao cume onde se encontram os valores constitucionais de acesso à justiça, porém sobrevoando um caminho que não aquele albergado pelo ordenamento. Não é esse o objetivo deste estudo.

De modo a facilitar a compreensão do tema, será apresentado também um brevíssimo histórico das ações coletivas passivas, seu nascimento e os motivos de terem sido por tanto tempo ignoradas, em comparação com as ações coletivas ativas.

Sem qualquer pretensão de se esgotar o assunto, oferece-se então a presente Monografia à livre apreciação, crítica e desconstrução que lhe forem

pertinentes. Afinal, “a ciência não é um sistema de declarações certas e bem estabelecidas; nem tampouco um sistema que avança para um estado final. Nossa ciência não é conhecimento (*episteme*): ela nunca pode pretender haver atingido a verdade, nem mesmo um substituto para ela, como a probabilidade”.⁹

⁹ POPPER, Karl. *The logic of Scientific Discovery*, § 85, p. 278

PARTE I

FUNDAMENTOS DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

1. INTERESSES

1.1. Pressupostos teóricos

É fundamental, para qualquer ensaio acerca de ações coletivas, fixar noções e distinções entre as categorias de interesses com que se pretende trabalhar. Uma vez que essas categorias são dadas pelo próprio direito positivo, cabe ao estudo científico descrever esse enredo normativo, estabelecendo relações, atribuindo-lhe significados e investigando suas origens, modos de atuação e fins a que se destina.¹⁰

Descrever, entretanto, não deve ser entendido como uma mera declaração sobre o modo como opera determinada norma. Como ensina José Souto Maio Borges, “num sentido lato estipulativo, a função de descrever a ordem jurídico-positiva pode ser entendida – sem contra-indicação – com um âmbito de abrangência de tal forma aberto que envolve um amplíssimo leque de significações: comentar, interpretar, descrever em sentido estrito, enunciar, formular hipóteses e deduzir-lhes as implicações, generalizar, expor...”¹¹ Descrever o ordenamento jurídico, portanto, deve equivaler a explicá-lo, a objetivamente conhecê-lo.¹²

Ainda que o Código de Defesa do Consumidor sistematize com precisão técnica e clareza teórica o que sejam direitos transindividuais (difusos

¹⁰ Segundo Paulo de Barros Carvalho, “o direito positivo é o complexo de normas jurídicas válidas num dado país. À Ciência do Direito, cabe descrever esse enredo normativo, ordenando-o, declarando sua hierarquia, exibindo as formas lógicas que governam o entrelaçamento das várias unidades do sistema e oferecendo seus conteúdos de significação”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

¹¹ BORGES, José Souto Maior. O Direito como Fenômeno Lingüístico, o Problema da Demarcação da Ciência Jurídica, sua Base Empírica e o Método Hipotético-Dedutivo, in *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, nº 4, jan./dez. 1988, p. 12.

¹² BORGES, José Souto Maior. O Direito como Fenômeno Lingüístico, o Problema da Demarcação da Ciência Jurídica, sua Base Empírica e o Método Hipotético-Dedutivo, in *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, nº 4, jan./dez. 1988, p. 15.

ou coletivos) e individuais homogêneos,¹³ é cabível desde logo um questionamento: seria de alguma forma a distinção do Código influenciada pela antiga dicotomia entre interesse público e interesse individual?

Carnelutti já enxergava esse tipo de contraposição. Para resolvê-la, partia da idéia de que “interesse não significa um *juízo*, mas uma *posição* do homem, ou mais exatamente: *a posição favorável à satisfação de uma necessidade*”.¹⁴

Com esse conceito, era possível ao Mestre de Milão abordar os interesses que ultrapassam a esfera individual. Para ele,

Existem *interesses individuais e interesses coletivos*. A diferença se deve ao fato de que a situação favorável para satisfazer determinadas necessidades possa ser determinada *também com respeito a um único indivíduo* ou, pelo contrário, a que unicamente caiba que se origine *com respeito a vários, a muitos ou a todos os indivíduos* (...).

Deste modo, a coletividade dos interesses pode ser mais ou menos ampla, quer seja mais ou menos vasto o grupo de indivíduos com respeito a qual se determine. Entende-se por isto que, dada a infinita variedade de interesses coletivos, distinguem-se, por exemplo, interesses da *família, da sociedade civil*

¹³ Uma visão crítica dessa sistematização é apresentada por Elton Venturi, para quem “a opção tomada pelo legislador brasileiro quanto a conceituar, categorizar e criar procedimentos próprios para a tutela dos direitos meta-individuais revela, quando menos, uma grave contradição. Ao elencar as características de cada espécie de direito, a legislação acaba por induzir, naturalmente, uma série de especulações hermenêuticas voltadas não só ao reconhecimento da *tipologia* mas também, por consequência, dos pressupostos de admissibilidade da sua tutela jurisdicional, de onde provêm indesejáveis *standardizações* que acabam, invariavelmente, ou restringindo ou inviabilizando a ação coletiva.

Como exemplos de *standards* equivocados que já vêm sendo difundidos a partir da classificação dos direitos meta-individuais, citem-se: a) tratando-se de direitos individuais homogêneos de natureza patrimonial e disponível, não está o Ministério Público legitimado à propositura da demanda coletiva; b) tratando-se de direitos coletivos e sendo a ação proposta por entidade de classe, somente a expressa autorização assemblear da iniciativa da ação e a identificação do rol dos associados *substituídos* viabilizariam a admissão da demanda (...).

Entretanto, ao mesmo tempo em que a conceituação legal dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos poderia apontar, aos menos avisados, a existência de distinções essenciais quanto à legitimação ativa, ao procedimento e à formação da coisa julgada decorrente da dedução de cada espécie de pretensão *categorizada*, em verdade, o *microsistema* legal da tutela coletiva brasileira viabiliza que se reúnam numa mesma e única ação coletiva, patrocinada pela mesma entidade legitimada, todas e quaisquer pretensões de tutela dos referidos direitos, independentemente de qual seja a qualificação que se lhes imprima, com base no art. 81, parágrafo único, do CDC”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 86-87

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. V: I. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p.55.

ou comercial, da corporação, do sindicato, do município, da província, do Estado.¹⁵

Carnelutti parece considerar o interesse do Estado (o interesse do maior número de pessoas) como o próprio interesse público. Já há algum tempo essas duas categorias foram separadas, de modo que hoje se pode falar em interesse público primário e interesse público secundário: este seria o interesse da Administração em se auto preservar, em manter a sua existência e higidez, enquanto aquele representaria o verdadeiro social, representado pelo Estado.¹⁶

O conceito de interesse público, entretanto, somente pode ser compreendido em função do momento histórico e do modelo de Estado em que se insere. Ainda que sua precisa definição seja tarefa tortuosa, parece mais ou menos evidente a idéia de que o interesse público se liga à noção de bem geral, de interesse da sociedade. Marçal Justen Filho, por exemplo, admite que “uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo o ‘interesse público’. Mas não se legitimará mediante a invocação a esse ‘interesse público’, e sim porque compatível com os direitos fundamentais”.¹⁷

Por mais que uma decisão da Administração, entretanto, obedeça a um procedimento satisfatório e respeite os direitos fundamentais, pode ser

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. V: I. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, pp. 56-57.

¹⁶ “Interesse público primário é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarna-se pelo simples fato de ser pessoa”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 57-58.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46.

que ainda assim ela contrarie os interesses da sociedade. E, nesse sentido, ela deixa de representar um interesse público para representar os interesses do Estado. Hugo Nigro Mazzilli adverte que, “ao tomar decisões no suposto benefício de todos, não raro o Estado confronta seus interesses com os dos indivíduos, como em matéria penal ou tributária”.¹⁸

Por esse motivo, deve-se primeiramente distinguir interesse público de interesse do Estado. E, num segundo momento, devem-se separar também esses conceitos da noção de interesse transindividual.

Em regra, transindividual seria todo interesse que ultrapassasse a esfera individual – seria, então, o interesse de duas, três, mil ou de todas as pessoas. Costuma-se, porém, enquadrá-los como uma categoria intermediária entre os interesses individuais e o interesse público. Logo, interesses transindividuais seriam aqueles “compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas”.¹⁹

Assim, se o interesse privado não ultrapassa a esfera do indivíduo e o interesse público é aquele que representa o bem da sociedade, os interesses transindividuais (ou coletivos *lato sensu*, ou metaindividuais, ou de grupo) são aqueles que atingem toda uma coletividade, ainda que indeterminável.

Daí o Código de Defesa do Consumidor diferenciar duas espécies de interesses transindividuais, mais uma que recebe tratamento coletivo, por sua relevância: os interesses difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.

¹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 48.

1.2. Contraposição de interesses

Tem-se, então, que, se existem ao menos três ordens de interesses (público, transindividuais e individuais), nas quais é possível encontrar os interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e o interesse do próprio Estado, parece bastante óbvio que todas essas espécies de interesses podem entrar em conflito entre si.

A título de exemplo, pode-se pensar na hipótese da instalação de uma fábrica em área próxima à de mananciais. Se, por um lado, há o interesse do Estado em arrecadar impostos e o interesse da população ribeirinha em desenvolver a economia local e promover a geração de empregos, por outro lado há o interesse de toda uma outra coletividade em preservar a higidez do meio ambiente e impedir a degradação de áreas de preservação.

Esse pequeno caso prático é capaz de demonstrar como diferentes categorias de interesses podem se contrapor. O interesse do Estado (arrecadação) em contraposição a um interesse difuso (higidez do meio ambiente), que por sua vez é conflitante com um interesse coletivo (progresso econômico).

Carnelutti, que desenvolveu seu conceito de jurisdição fundado na idéia de uma lide, observa que:

O conflito pode se dar em torno de toda classe de interesse: imediatos ou mediatos, individuais ou coletivos. Aqui nos importa, sobretudo, destacar as variedades de conflitos segundo esta última classificação. Com base nela, o conflito pode ser:

a) entre dois interesses *individuais* (...);

b) entre um interesse *individual* e um *coletivo*, como o que surgiria entre o interesse de Tício em relação a sua segurança pessoal e o interesse coletivo

da defesa do território, que reclama a exposição daquele aos perigos da guerra;

c) entre dois interesses *coletivos*, como o que se apresentaria quando sendo limitados os recursos do Estado para satisfazer simultânea e completamente as exigências orçamentárias de instrução pública e de defesa nacional, os interesses dos respectivos serviços se encontrassem em conflito.²⁰

Se uma lide é consubstanciada num “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”,²¹ e se a função da jurisdição é a justa composição da lide, parece lógico então que, havendo um conflito entre interesses juridicamente relevantes, abram-se os caminhos para a tutela jurisdicional, por meio de uma ação.

Não é assim, entretanto, que parte da doutrina pensa, especialmente no que se refere a um conflito entre dois interesses transindividuais. Por motivos os mais diversos, mas que fogem à simplicidade da conclusão acima exposta, há quem sustente que, no Brasil, não é possível que um ente coletivo ocupe o pólo passivo de uma pretensão.

Veja-se, por exemplo, o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli, que evidentemente enxerga a possibilidade de um interesse transindividual seja demandado:

Na tutela coletiva, é freqüente a conflituosidade entre os próprios grupos envolvidos (enquanto, nos conflitos tipicamente individuais, a lide se estabelece entre autor e réu, ainda que agindo isoladamente ou em conjunto com litisconsortes, já nos conflitos coletivos, temos, não raro, grupos, categorias ou classes de pessoas com pretensões colidentes entre si, com as de um grupo que, ao invocar o direito ao meio ambiente sadio, deseje o fechamento de uma fábrica, e as de outro grupo de pessoas que dependam, direta ou indiretamente, da manutenção dos respectivos empregos ou da continuidade da produção industrial, para sua própria subsistência).²²

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. V: I. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p.61.

²¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. V: I. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p.93.

²² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

Apesar de ver claramente que dois interesses transindividuais podem entrar em conflito (e, assim, necessariamente, numa ação judicial, um desses interesses deverá ocupar o pólo passivo), mencionado autor entende que “pelo sistema hoje vigente em nosso Direito, os legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC só substituem processualmente a coletividade de lesados *no pólo ativo*, o que afasta a possibilidade de aqueles legitimados figurarem como réus, mesmo em reconvenção”.²³

1.3. Ação coletiva passiva como direito de ação

Os motivos que levam parte da doutrina a negar a possibilidade de uma ação coletiva passiva serão abordados em momento propício. Por hora, basta verificar que a contradição é óbvia. Uma vez que é concretamente possível a existência de um interesse individual contraposto a um interesse coletivo, como negar ao titular do interesse individual o acesso à Jurisdição? Sob qual fundamento seria legítimo tolher esse direito fundamental do potencial autor?

Ora, “a omissão constitucional não se resume apenas à hipótese em que a norma constitucional outorga ao legislador o dever de legislar, mas também aos casos em que o dever de legislar decorre da própria necessidade de proteção de um direito fundamental, ou melhor, aos casos em que a omissão do legislador nega o próprio direito fundamental”.²⁴ Nesse sentido, o fato de não haver normatização específica acerca das ações coletivas passivas não pode ser motivo para se inadmitir sua existência no direito brasileiro.

²³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 325.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 61.

O princípio da legalidade, que impediria ao Estado atuar sem prévia autorização legal, deve ser compreendido dentro de sua nova conformação histórica.²⁵ Isso significa outorgar ao juiz poderes para concretizar os valores constitucionais, mesmo diante de uma omissão legislativa. É o que defende Luiz Guilherme Marinoni, para quem

não há razão para entender possível o controle de constitucionalidade da lei e julgar inviável o controle da constitucionalidade da falta de lei. Ora, se o juiz deve controlar a atividade legislativa, analisando a sua adequação à Constituição, é pouco mais do que evidente que a sua tarefa não deve se ater apenas à lei que viola um direito fundamental, mas também à ausência de lei que não permite a efetivação de um direito desse porte. As omissões que invalidam direitos fundamentais evidentemente não podem ser vistas como simples opções do legislador, pois ou a Constituição tem força normativa ou força para impedir que o legislador desrespeite os direitos fundamentais, e assim confere ao juiz o poder de controlar a lei e *as omissões do legislador*, ou a Constituição constituirá apenas proclamação retórica e demagógica.²⁶

E conclui o mesmo autor neste sentido:

Essa omissão, no entanto, pode ser seguramente suprimida quando se tem consciência de que a técnica processual depende apenas da individualização das necessidades do caso concreto.

²⁵ “(...) o princípio da legalidade obviamente não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico. Recorde-se que o princípio da legalidade, no Estado legislativo, implicou na redução do direito à lei, cuja legitimidade dependia apenas da autoridade que a emanava. Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado da coalizão das forças dos vários grupos sociais, e que por isso freqüentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça.

Na verdade, ainda que não houvesse a consciência do pluralismo, somente com uma ausência muito grande de percepção crítica se poderia chegar à conclusão de que a lei não precisa ser controlada, por ser uma espécie de fruto dos bons, que se colocam acima do bem e do mal, ou melhor, do executivo e do judiciário. Ora, a própria história se encarregou de mostrar as arbitrariedades, brutalidades e discriminações procedidas por leis *formalmente* perfeitas.

Porquanto, ainda que se ignorasse a idéia de pluralismo, jamais se poderia concluir que o texto da lei é perfeito, e assim deve ser simplesmente proclamado pelo juiz, apenas por ser o resultado de um procedimento legislativo regular. De modo que se tornou necessário resgatar a *substância* da lei e, mais do que isso, encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça.

Tal substância e esses princípios tinham que ser colocados em uma posição superior e, assim, foram infiltrados nas Constituições. (...). *A lei, dessa forma, perde o seu posto de supremacia, e agora se subordina à Constituição*”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, pp. 43-44.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 61.

(...)

Como esse direito fundamental incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, é evidente que a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz. Melhor explicando: se tal direito fundamental, para ser realizado, exige que o juiz esteja munido de poder suficiente para a proteção – ou tutela – dos direitos, a ausência de regra processual instituidora de instrumento processual idôneo para tanto constitui evidente obstáculo à atuação da jurisdição e à tutela jurisdicional. Diante disso, para que a jurisdição possa exercer a sua missão – que é tutelar os direitos – e para que o cidadão realmente possa ter garantido o seu direito fundamental à tutela jurisdicional, não há outra alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão inconstitucional.²⁷

Evidentemente, negar a judicialização de interesses coletivos conflitantes é negar o direito de ação. É negar eficácia ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que assegura a inafastabilidade do controle jurisdicional.²⁸ Assumir uma posição comprometida com a concretização desse direito fundamental significa outorgar o direito de ação a qualquer interesse que se contraponha a um interesse transindividual.²⁹ Significa pensar o direito a partir do princípio de acesso à Justiça, facilitando a tutela de direitos não-patrimoniais.

Nessa esteira, os três anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, coordenados pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, da Universidade de São Paulo (USP); Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA); e Antonio Gidi, da *University of Houston Law Center*; além do

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, pp. 120-121.

²⁸ Segundo Gregório Assagra de Almeida, esse dispositivo constitucional “eliminou a garantia do acesso à justiça somente a *direito individual*, que era prevista na anterior Constituição emendada de 1969 (art. 153, §4º). ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 266. Parece claro que, se a Constituição assegurou o acesso à justiça para proteção de direito coletivo, essa proteção pode se dar mesmo em face de outro direito coletivo.

²⁹ “Uma vez garantida a ampla tutela jurisdicional de quaisquer direitos subjetivos, sejam de natureza individual ou meta-individual, não é admissível que o emprego de ações coletivas sofra restrições advinentes do apego a um exacerbado *conceitualismo*. O que se deve inferir é que os direitos meta-individuais não são passíveis de proteção jurisdicional pelo fato de serem tipificados e conceituados como difusos, coletivos e individuais homogêneos pela legislação infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor), mas sim pelo fato de constituírem direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, cuja necessidade de tutela avulta em função de sua relevância social”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 89.

anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, prevêem a legitimidade de entes coletivos para serem demandados.³⁰ Não é preciso, entretanto, que essas propostas sejam convertidas em lei para que seja possível a existência de uma ação coletiva passiva no ordenamento brasileiro.

De fato, a doutrina que não admite ação coletiva passiva no Brasil possui inegável coerência interna, entre pressupostos e conclusões. De seus pressupostos são logicamente extraídas suas conseqüências. Entretanto, as premissas utilizadas por essa doutrina para negar o direito de ação são equivocadas.

No presente trabalho, buscar-se-á, nas palavras de Marinoni, citado acima, “individualizar as necessidades do caso concreto”. O objetivo que se propõe é estudar e definir o conjunto de premissas que permitem a admissão de ação coletiva passiva no processo civil brasileiro. Partindo-se dos fundamentos corretos, e tendo-se sempre em vista a concretização dos direitos e garantias fundamentais, perceber-se-á que é viável demandar em face de um grupo, sem que haja qualquer alteração no ordenamento vigente.

³⁰ Art. 38 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP: *Ações contra o grupo, categoria ou classe* – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 20, I, a, b e c), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.

Art. 42 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/UNESA: *Ação contra o grupo, categoria ou classe* – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do §1º do art. 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º) e se revista de interesse social.

Art. 28 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos de Antonio Gidi: A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue.

Art. 35 do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América: Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social.

2. REPRESENTAÇÃO DE INTERESSES

2.1. Natureza jurídica da legitimação

É comum em doutrina a discussão acerca da natureza jurídica da “representação” dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo. Seria a legitimação do ente coletivo ordinária, extraordinária ou um *tertium genus* surgido juntamente com a possibilidade de proteção jurídica aos interesses coletivos?

Antes de investigar o tema e tentar enquadrá-lo numa das espécies de legitimação existentes, deve-se ter em mente que “a adaptação de institutos e categorias da jurisdição singular para o plano da jurisdição coletiva, quando possível ou mesmo inevitável, para ser exitosa, depende do que se poderia dizer – passe o oxímoro – *uma prudente ousadia*, expressada tanto na adaptação criativa do existente, como na instituição *ex novo* de figuras ou técnicas processuais, onde haja carência ou insuficiência de elementos”.³¹

No processo liberal-individualista, pensado e estruturado para a composição de conflitos intersubjetivos, a regra é a legitimação ordinária. De acordo com o art. 6º do CPC, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Depreende-se daí que a legitimidade ordinária é daquele que se diz titular do direito material discutido em juízo.

Em se tratando de interesses coletivos, entretanto, nem sempre a regra do CPC se mostra a mais adequada para a efetiva tutela desses direitos.

³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2007, p. 104.

Devido a fatores como a indivisibilidade do objeto e a indeterminabilidade dos sujeitos, não se pode afirmar, *a priori*, quem seria o titular do interesse posto em conflito.

Mais do que isso, numa análise teleológica, pode-se afirmar que, no processo individual, “a legitimação do suposto titular do direito material pleiteado em juízo é plenamente justificável, pois, nestes casos, o legislador teria atribuído ao próprio interessado o poder para agir em defesa de seus direitos. A princípio, esta parece ser a solução mais óbvia para o problema da legitimidade no processo, vez que não haveria ninguém melhor que o próprio titular do direito material para requerer sua tutela”.³² Em processos coletivos, por outro lado, “não se pode afirmar, em face das peculiaridades que apresentam, que o titular do direito material seja o mais adequado para atuar em sua defesa, vez que seu desempenho, por vezes, não se afigura satisfatório para a consecução do objetivo de uma tutela efetiva”.³³

Assim, seria possível sustentar que, em tema de processos coletivos, a regra seria a legitimação extraordinária. Entretanto, o simples transplante do conceito de legitimação extraordinária para o âmbito da tutela coletiva também não se afigura suficiente para explicar o fenômeno. Afinal, se um legitimado extraordinário defende em nome próprio interesse alheio, deve-se questionar quem é esse terceiro que tem seu direito posto em juízo.

Em certa medida, o conceito clássico de legitimação extraordinária seria suficiente para explicar a substituição processual quanto aos direitos individuais homogêneos. Para os coletivos e difusos, no entanto,

³² GUEDES, Clarissa Diniz. A Legitimidade Ativa na Ação Civil Pública e os Princípios Constitucionais, in *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 110.

³³ GUEDES, Clarissa Diniz. A Legitimidade Ativa na Ação Civil Pública e os Princípios Constitucionais, in *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 111.

ele não se encaixa perfeitamente, exatamente porque não se consegue determinar com a precisão que seria desejável quem seriam os substituídos.

Outra não é a conclusão de Castro Mendes, que, com base na doutrina de Barbosa Moreira, afirma que “a legitimação extraordinária existente nas ações coletivas não está, em geral, subordinada à presença do legitimado ordinário, razão pela qual deve ser classificada como autônoma”.³⁴ Note-se que qualificar de “autônoma” a legitimação extraordinária nada mais é que reconhecer que, em se tratando de direitos difusos e coletivos, não se consegue reconhecer quem sejam os substituídos.

Marcelo Abelha, por sua vez baseado no escólio de Nelson Nery Jr., adota interessante posicionamento ao partir da premissa de que,

nas ações coletivas para a defesa de direitos metaindividuais, o eixo de análise deixa de ser a titularidade do direito material e passa a ser o reconhecimento da adequada representação, no processo, para proteger e tutelar esses direitos. Assim, preferimos dizer que a legitimidade é autônoma, um *tertium genus*, e que, aprioristicamente, não deve ser classificada como ordinária ou extraordinária. Não é ordinária porque o atingido pela coisa julgada não é o titular do direito de ação, ainda que se dissesse que o ente com representatividade adequada tenha por finalidade institucional a defesa desses direitos. Repita-se, os limites subjetivos da coisa julgada alcançarão os titulares do direito adequadamente representado em juízo. Não é extraordinária nos moldes clássicos porque não se identifica o substituído e, portanto, não se sabe quando seria ordinária.³⁵

O mérito dessa concepção está justamente em se partir de uma representação adequada para a correta classificação do tipo de legitimação. Melhor: está em se atribuir à representação adequada o critério de legitimação. Quando se fala em “representação” ou “representatividade”, entretanto, deve-se ter em mente a advertência de Antonio Gidi, de que não se está referindo ao

³⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 24.

³⁵ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 68.

“sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro. Refere-se àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. ‘Representante’ aqui deve ser considerado como sinônimo de ‘porta-voz’: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo”.³⁶

2.2. Representação de pessoas e representação de interesses

Ao se considerar a representatividade adequada um critério de legitimação, deve-se ter como fundamento que a representação não se refere a pessoas ou grupos, mas a interesses. Essa distinção acarreta profundas diferenças no modelo de processo coletivo a ser adotado.

Owen Fiss, comentando as *injunctions* estruturais do direito norte-americano, percebe essa diferença e defende o sistema de representação de interesses: “acredito que o que a Constituição garante não é o direito de participação, mas o que chamarei de ‘direito de representação’: não ‘um dia na corte’, mas o direito à representação adequada de interesses. Consoante o direito de representação, nenhum indivíduo pode ser obrigado por uma decisão judicial a menos que seus interesses estejam adequadamente representados no processo”.³⁷

³⁶ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002, pp. 61-62.

³⁷ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p.215.

Para que se tenha uma idéia da amplitude dessa distinção, pode-se pensar, a título de exemplo, em dois institutos comuns a ambos os sistemas: notificação³⁸ e coisa julgada.

Num modelo em que a representação seja de pessoas, a notificação deve necessariamente envolver o maior número possível de interessados, ainda que por amostragem. Estes devem ter o direito tanto de intervirem no processo coletivo³⁹ quanto o de não serem afetados pela sentença (direito de auto-exclusão, ou *right to opt out*), caso entendam não estarem sendo legitimamente representados. Por conseguinte, a coisa julgada abrange somente aqueles que receberam a notificação e não realizaram o *opt out*, incidindo sobre todos tanto em caso de procedência quanto de improcedência.

Tais conclusões são necessárias num sistema em que há representação de pessoas em processo coletivo. Isso porque ninguém pode ser obrigado a sofrer os efeitos de uma decisão da qual não teve a oportunidade de participar. Outra não foi a posição da Suprema Corte Norte-Americana no emblemático caso *Martin vs Wilks*:

There is nothing unusual about the fact that litigation between adverse parties may, as a practical matter, seriously impair the interests of third persons who elect to sit on the sidelines. Indeed, in complex litigation this Court has squarely held that a sideline-sitter may be bound as firmly as an actual party if he had adequate notice and a fair opportunity to intervene and if the judicial interest in

³⁸ “Tal notificação não se confunde com a *citação*, que resguarda o direito de *participação* da parte, preocupa-se mais com o direito de *representação*, pois científica os membros do grupo da existência da *class action* para permitir a avaliação da qualidade do representante”. MAIA, Diogo Campos Medina. *Os fundamentos da Ação Coletiva Passiva*. Dissertação de Mestrado. 2006 – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, 2006, p. 133.

³⁹ Comentando a *Rule 23* Pedro da Silva Dinamarco afirma que “a realização dessa intimação, nas demandas ajuizadas com base na cláusula (b) (3), é indispensável no sistema norte-americano, ainda que por amostragem. Afinal, ninguém pode ser condenado ou perder um direito sem que as razões que ele pudesse alegar tenham sido apreciadas. Daí muitos sustentarem que ‘non party class member has an automatic right to intervent in a common question class action’”. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. Saraiva: São Paulo, 2001, p. 155.

*finality is sufficiently strong. See Penn-Central Merger and N & W Inclusion Cases, 389 U.S. 486, 505-506 (1968). Cf. Bergh v. Washington, 535 F.2d 505, 507 (CA9), cert. denied, 429 U.S. 921 (1976); Safir v. Dole, 231 U.S. App. D.C. 63, 70-71, 718 F.2d 475, 482-83 (1983), cert. denied, 467 U.S. 1206 (1984); James & Hazard 11.31, pp. 651-652.*⁴⁰

2.3. Dificuldades decorrentes da representação de pessoas

Esse modelo, contudo, não é livre de indesejáveis conseqüências. Em primeiro lugar, os elevados custos que uma demanda coletiva pode alcançar, devido à necessidade de expedição de milhares de notificações. Em segundo lugar, a sempre presente possibilidade de impugnação à decisão judicial, face à ineficiência da notificação para atingir a todos os interessados (*absent parties*).⁴¹ Em terceiro lugar, a potencial magnitude de um litisconsórcio que anule as vantagens de uma representação coletiva.⁴² Em quarto lugar, a dificuldade teórica em se legitimar um

⁴⁰ 490 U.S. 755 (1989). Em tradução livre: “Nada há de incomum no fato de que um litígio coletivo possa, na prática, prejudicar seriamente os interesses de terceiros que optaram por não participar da demanda. De fato, em ações coletivas, esta Corte tem sustentado firmemente que um terceiro pode ser afetado tanto quanto uma parte, desde que ele tenha sido adequadamente notificado e tenha tido uma oportunidade real de intervir, e desde que o interesse judicial nessa vinculação seja suficientemente forte”.

⁴¹ Antonio Gidi, em análise sobre a representação de pessoas no processo coletivo norte-americano, afirma que “até mesmo a formação da coisa julgada não preclui a questão da representação adequada: se o grupo ou alguns dos membros do grupo não forem adequadamente representados em juízo, eles não poderão ser legitimamente vinculados pela sentença dada em uma ação coletiva. Se em ação futura (individual ou coletiva), através de uma avaliação retrospectiva, ficar estabelecida a inadequação da representação, o juiz negará o efeito de coisa julgada à sentença coletiva anterior em benefício de todos ou de alguns membros do mesmo grupo”. GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002, pp. 66-67.

⁴² Criticando o posicionamento da Suprema Corte Norte-Americana no Caso *Martin vs Wilks*, Owen Fiss assim se manifesta: “Certamente, há uma ambigüidade na concepção de Rehnquist [Presidente da Suprema Corte ao tempo do julgamento] acerca do universo de pessoas que o litisconsórcio abarcaria: em alguns pontos ele menciona de modo muito abrangente de todos aqueles ‘que poderiam ser desfavoravelmente afetados por uma decisão judicial’, mas em outros refere-se de forma mais restrita a alguém que ‘será privado de seus direitos subjetivos’. A interpretação restritiva diminuiria o prejuízo provocado pelo caso *Martin vs Wilks*, no entanto, tal prejuízo ainda seria substancial, pois o grupo de possíveis autores de impugnações à decisão estrutural – aqueles que poderiam propor uma demanda judicial contra sua validade – é enorme. Há algum interesse que não possa ser, hoje em dia, transformado em demanda judicial?”. FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p.214.

representante auto-nomeado,⁴³ cujo comportamento pode vincular tanto positiva quanto negativamente toda a classe. Em quinto lugar, tem-se, ainda, a perenidade da decisão judicial, que não vinculará a mais ninguém dentro de uma geração. Afinal, aqueles que ainda não são nascidos não foram representados no processo. Por isso, não podem ser por ele atingidos.

São tantas as dificuldades resultantes desse modelo de representação que a própria Suprema Corte norte-americana tratou de rever seu posicionamento. Ainda que, lá, o direito tenha um cunho muito mais individualista e, entre uma demanda coletiva e uma individual, dê-se preferência à segunda,⁴⁴ os problemas de ordem prática ensejaram relevantes mudanças a partir da Lei dos Direitos Civis de 1991.⁴⁵

2.4. A representação adequada como fundamento do modelo de representação de interesses

Num sistema em que a representação coletiva seja encarada como representação de interesses, consequências totalmente diversas podem ser encontradas. Torne-se à exemplificação com os institutos da notificação e da coisa julgada.

⁴³ “De fato, a busca de um critério seguro para a *standing* (legitimação para agir) passou a ser a pedra de toque no processo coletivo, justamente porque nesse plano cuida-se de interesses que se diriam *dessubstantivados* (= indivisíveis e concernentes a sujeitos indeterminados), donde não se revelar viável a técnica que busca estabelecer uma *ponte* entre uma posição de vantagem adrede definida no ordenamento positivo e um dado sujeito que se afirma titular do valor ou interesse judicializado. Ante essa dificuldade, duas possibilidades então se apresentavam: ou bem se admitia a representação por um *ideological plaintiff* (o autor ideológico) assim credenciado por consentimento dos representados, ou bem esse poder de agir se extrairia a partir da *identificação* entre os interesses da classe e os do portador judicial”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2007, p. 31.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 101, jan./mar. 2001, p. 27.

⁴⁵ Atualmente, a Regra 23 (a) (4) das *Federal Rules of Civil Procedure* assegura que “the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”. Note-se, assim, a importância da palavra “interests” no dispositivo em questão.

Como os interesses é que são judicializados, a primeira grande diferença é a desnecessidade de notificação de todos os interessados. Isso porque, em se tratando de ações coletivas, interesses são dessubstantivados, ou seja, indivisíveis e concernentes a sujeitos indeterminados. Logo, se não é possível notificar todos os interessados, por serem eles indeterminados, o representante será legitimado a partir não da afirmação de titularidade do direito, mas a partir da representação adequada desse direito. Assim, a tutela jurisdicional coletiva não ficará eternamente aberta a impugnações individuais. Basta que os interesses sejam adequadamente representados. Afinal, não é necessário que todos os interessados tenham participado do processo, mas que seus interesses tenham sido defendidos de maneira adequada, correta, que permita ao juiz pronunciar sentença com carga declaratória suficiente para vincular terceiros.

Ora, num modelo em que pessoas sejam representadas por um legitimado coletivo, todas elas devem ter a oportunidade de influir na decisão judicial. Já num modelo em que os interesses é que são representados, basta que essa representação seja exercida de maneira adequada,⁴⁶ de modo combativo e proporcional à importância dada pelo ordenamento ao bem em litígio. Superam-se, assim, os problemas decorrentes do custo de uma notificação em larga escala e da possibilidade de um litisconsórcio tão numeroso que inviabilize a continuidade da ação.

⁴⁶ “Consoante o direito de representação, nenhum indivíduo pode ser obrigado por uma decisão judicial a menos que seus interesses estejam adequadamente representados no processo. Isso significa dizer que uma decisão estrutural pode ser final se, e somente se, todos os interesses estiverem adequadamente representados no processo. Se um dos interesses envolvidos não estiver representado de forma adequada, a decisão judicial permanece vulnerável a uma nova impugnação; se, entretanto, tal interesse foi completamente representado no processo que conduziu ao proferimento da decisão judicial, a corte poderá rejeitar liminarmente a nova impugnação, sob o fundamento de que a questão já fora analisada – não obstante o autor da impugnação não tenha participado do processo inicial”. FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, pp. 215-216.

No sistema de representação de interesses, os efeitos da coisa julgada também podem ser estendidos à esfera individual, não importa o resultado da demanda. O fundamento dessa extensão, no entanto, é diverso.

No modelo de representação de pessoas, os terceiros são abarcados pela decisão coletiva porque foram pessoalmente representados,⁴⁷ tiveram a oportunidade de intervir na demanda e optaram por não serem dela excluídos. Existe uma ficção de que os indivíduos tomaram conhecimento da existência da demanda e, por não exercerem o *right to opt out*, tiveram uma efetiva oportunidade de participar da decisão. Por isso, são afetados pelo pronunciamento jurisdicional como se litigantes fossem.⁴⁸

No sistema de representação de interesses, a extensão dos efeitos da coisa julgada se baseia unicamente no adequado exercício dessa representação.⁴⁹ O próprio representante, aliás, só se legitima na medida em que for um representante adequado, consoante a classificação defendida neste trabalho. Tendo sido o interesse adequadamente representado em juízo, portanto, não há por que negar a eficácia do julgado na esfera individual.

⁴⁷ Aqui se insere o controle judicial sobre a representatividade adequada, num sistema de representação de pessoas.

⁴⁸ “No sistema americano exige-se que a associação ou outro ente legitimado comprove que efetivamente representa os associados (*adequacy of representation*) e que todos os associados sejam informados da existência da ação (*fair notice*), para que possam optar entre aderir à ação, não se manifestar ou sair da ação. Verifica-se, assim, que o sistema americano não adotou o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, uma vez que o indivíduo será ou não beneficiado conforme a sua opção de se sujeitar ou não à ação coletiva”. ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, in *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 176.

⁴⁹ “Enquanto na jurisdição singular repugna à lógica e ao bom senso que alguém possa aproveitar-se de uma coisa julgada formada em lide *inter alios*, já no ambiente processual coletivo essa virtualidade não deveria causar espécie, porque os sujeitos concernentes ao interesse metaindividual judicializado – se e na medida em que tenha havido adequada representação da classe pelo autor ideológico – é de se presumir que integraram os autos, até porque de outra forma se inviabilizaria e perderia sentido a tutela coletiva”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2007, pp. 318 e 319.

2.5. Coisa julgada *secundum eventum litis* e a extensão *in utilibus*

de seus efeitos no modelo de representação de interesses

Pode-se questionar, nesse sentido, a constitucionalidade do regime da coisa julgada coletiva no ordenamento brasileiro. Nosso direito permite temperanças na incidência da coisa julgada, a qual pode ser estendida *secundum eventum litis* e *in utilibus* para a esfera individual.⁵⁰ Uma vez que a representação adequada fundamenta a extensão da coisa julgada à esfera individual, e que, como será fundamentado a seguir, nosso ordenamento permite o controle do magistrado sobre essa representação, não seria uma violação ao princípio da isonomia impedir que essa extensão possa prejudicar direitos individuais? Não se estaria outorgando uma vantagem indevida ao interesse coletivo, que foi adequadamente representado e ainda assim declarado inexistente? Não se estaria prejudicando a parte contrária, obrigada a enfrentar diversas ações individuais mesmo quando o Judiciário já declarou, após processo em que o interesse coletivo foi adequadamente representado, que esse interesse coletivo não é juridicamente protegido?⁵¹

⁵⁰ “Rigorosamente, a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*. Seria assim, se ela se formasse nos casos de procedência do pedido, e não nos de improcedência. Mas não é exatamente isso que acontece. A coisa julgada sempre se formará, independentemente de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*. O que diferirá, de acordo com o ‘evento da lide’, não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão ‘*erga omnes*’ ou ‘*ultra partes*’ à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama extensão *in utilibus* da coisa julgada)”. GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 73.

⁵¹ A inconstitucionalidade do regime de coisa julgada estabelecido pelo CDC é defendida por José Ignácio Botelho de Mesquita: “Suposto no entanto que, conseguindo superar as desvantagens que lhe são impostas no processo, logre o réu obter um julgamento de improcedência da ação, de nada lhe valerá a sentença, ainda que confirmada pelas mais altas Cortes de Justiça do País. Pelo que dispõe o Código, qualquer um que se apresente como vítima poderá submetê-lo a discutir novamente toda a questão, impondo-lhe novamente o mesmo dispêndio de recursos e atividades já gastos no processo anterior, e tendo que repetir tudo isto em quantos processos lhe sejam movidos (...). A linha adotada pelo Código neste passo, anote-se, não se limita a contrariar a Constituição. Ela desserve aos fins generosos a cuja

Note-se que essa questão, para a qual vem despertando a doutrina nacional, já há bastante tempo é pacificada no direito americano.

Seguindo o modelo inglês do *Bill of Peace*, os Estados Unidos adotaram a norma consubstanciada na *Federal Equity Rule 48*, de 1842, que permitia evitar um litisconsórcio impraticável, na medida em que autorizava a representação dos legitimados que não pudessem comparecer em juízo.⁵²

Tal regra foi profundamente inspirada pelos estudos do juiz Joseph Story, que, mergulhado no individualismo da época, defendia a não vinculação dos terceiros ausentes à decisão proferida na ação coletiva.⁵³ Nesse sentido, o dispositivo estabelecia que,

*where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the Court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and defendants in the suit properly before it. But, in such cases, the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties.*⁵⁴

Com efeito, a parte final da regra se mostrava totalmente incompatível com as finalidades da ação coletiva. De acordo com Nelson

tutela o Código se propôs. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Na ação do consumidor, pode ser útil a defesa do fornecedor, in *Revista do Advogado* nº 33, pp. 80 e 82.

⁵² GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, pp. 41 e seguintes. Não se ignora a observação do autor, de que “é historicamente impreciso traçar as raízes das modernas *class actions* apenas às *Bill of peace* das *court of chancery* da *equity*, como faz a maioria dos autores. Uma forma primitiva de ação de grupo já existia muitos séculos antes, podendo ser encontradas na Inglaterra medieval do século XII, onde alguns grupos sociais litigavam em juízo representados pelos seus líderes”. Tal aprofundamento histórico será feito em momento próprio, quando da análise das bases da ação coletiva passiva, no item 2.1 da segunda parte deste trabalho, ao qual se remete o leitor.

⁵³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 66.

⁵⁴ Fonte: GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 501. Em tradução livre: “quando qualquer das partes for muito numerosa, e não possa, sem manifesta inconveniência e sufocante demora para a ação, trazer a juízo todas as partes, poderá a corte discricionariamente dispensar o ingresso de todos, havendo sujeitos suficientes para representar corretamente todos os diversos interesses os autores ou dos réus na ação. Mas, em tais casos, a sentença não prejudicará os direitos e pretensões de terceiros”

Rodrigues Netto, “não fazia sentido que a lei autorizasse que um representante promovesse a persecução em juízo de um direito ou oferecesse defesa contra uma pretensão, em nome de toda uma coletividade com interessados comuns e, ao mesmo tempo, os efeitos da decisão não alcançassem os representados”.⁵⁵

Por tal motivo, a Suprema Corte nunca adotou uma interpretação literal da Regra 48,⁵⁶ que já em 1912 foi substituída pela Regra 38, a qual revogou o preceito referente aos efeitos não vinculantes da sentença coletiva.⁵⁷

O abrandamento dos efeitos da sentença seria simplesmente incompatível com o modelo de representação de pessoas. Se o autor da ação coletiva está representando toda a classe, e cada membro da classe tem a prerrogativa de intervir na ação ou se dizer excluído do litígio, então é perfeitamente aplicável a chamada eficácia preclusiva da coisa julgada (julgamento implícito).

⁵⁵ NETTO, Nelson Rodrigues. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 149, jul. 2007, p. 84.

⁵⁶ “Do resultado incongruente depreendia-se que apenas os representantes, agindo em juízo, estariam sujeitos à decisão proferida. Enquanto isso, os outros membros da classe estariam autorizados a, indefinidamente, processar e defender seus interesses em outras ações.

Em cada nova demanda, o cumprimento da decisão somente seria exigível dos representantes da classe, e uma vez mais, permitir-se-ia que uma nova ação coletiva fosse proposta por diferentes sujeitos, que passariam a atuar como representantes da classe.

Entretanto, interpretação literal do preceito legal não foi adotada pela Suprema Corte.

Em decisão datada de 1853, proferida na ação que é considerada como a primeira demanda coletiva na jurisprudência norte-americana, o caso *Smith v. Swormstedt*, o Ministro-Relator Nelson pontificou:

‘Uma objeção foi apresentada, sob o argumento de que o *Bill* carecia de partes adequadas para o prosseguimento da ação. Entendemos que a objeção não é fundada. (...) Por conveniência, portanto, e para evitar a falha da justiça, uma corte de equidade permite que porção dos legitimados represente todo o corpo, e a decisão vincula todos eles como se estivessem presentes em juízo’.

De tal sorte, o princípio inerente às ações coletivas, autorizando que alguns representem uma multidão de pessoas que possuem interesses comuns, e cuja decisão produz efeitos sobre todos, foi preservada pela Suprema Corte ao interpretar a *Equity Rule 48*”. NETTO, Nelson Rodrigues. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 149, jul. 2007, pp. 84-85.

⁵⁷ “Em 1912, a Suprema Corte reformulou as *Equity Rules*. Assim sendo, a antiga Regra 48 foi revogada pela *Rule 38*, que continuou a ser aplicada, tão-somente, aos casos de equidade. Entretanto, a grande alteração foi a supressão da referência, contida na parte final da norma suplantada, aos efeitos não vinculativos em relação aos membros da classe que não estivessem presentes como parte no processo”. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 68.

De fato, se cada um dos membros do grupo, ainda que não tenha sido parte, teve seus interesses adequadamente representados na ação coletiva, e teve a potencialidade de se tornar parte, não há motivos para se repelir a presunção de que tudo o que poderia ter sido alegado efetivamente o foi.⁵⁸

O que se poderia argumentar em favor da lei brasileira é que o ordenamento presumiria uma representação inadequada em caso de improcedência da pretensão coletiva.⁵⁹ Em sendo inadequada essa representação, não haveria fundamento para que os efeitos da sentença coletiva fossem estendidos à esfera individual.

Esse argumento pode até explicar o enunciado normativo de modo coerente com o sistema, mas não justifica a manutenção do regime da coisa julgada tal como regrado atualmente. Tal sistema sujeita a parte individual a ser ré em inúmeras ações posteriores, discutindo o mesmo tema já decidido.⁶⁰ Além disso, não explica como ficaria o regime da coisa julgada num confronto entre dois interesses coletivos (ação duplamente coletiva).

⁵⁸ “No sistema de aferição da *legitimidade real (representatividade adequada real)*, a ‘parte representante’ equipara-se ao próprio titular do direito material, pois se reconhece que seus interesses e direitos serão defendidos em igual potencial. A decisão, por consequência, vincula todos aqueles cujos interesses podem ser afetados com o processo judicial. Em contrapartida, quando a legitimidade se dá por *presunção* decorrente do sistema legal (*representatividade adequada presumida*), não se equiparam efetivamente os legitimados aos titulares dos direitos materiais em discussão. Por conta desta, menos efetiva, *presunção* de adequabilidade, há uma razoável mitigação na caracterização da *coisa julgada material*, de forma a proteger e equilibrar a relação jurídica processual, sem vincular de forma absoluta aqueles que têm apenas *presumidamente* seus interesses defendidos no processo coletivo”. MAIA, Diogo Campos Medina. *Os fundamentos da Ação Coletiva Passiva*. Dissertação de Mestrado. 2006 – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, 2006, p. 138.

⁵⁹ É o que sustenta Elton Venturi, para quem “o resultado de improcedência da ação coletiva não pode impedir a propositura da ação a título individual pelos interessados que não integraram o processo coletivo como litisconsortes da parte autora, uma vez que ainda não compareceram pessoalmente perante o Judiciário, presumindo-se, por outro lado, não terem sido adequadamente representados na demanda coletiva rejeitada”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 302.

⁶⁰ Pedro Dinamarco destaca que “essa coisa julgada *secundum eventum litis*, adotada por vários países, era criticada por Mauro Cappelletti. Afinal, se a parte representa adequadamente os membros de um grupo, então não se poderia distinguir entre efeitos favoráveis ou contrários, devendo a coisa julgada estender-se a todos os representados (...). Não se pode pensar exclusivamente no lado coletivo; ele é relevantíssimo, mas o indivíduo-réu não pode estar eternamente sujeito à angústia, aos riscos e ao elevado

É natural e compreensível que o legislador do Código de Defesa do Consumidor tenha pretendido assegurar a intangibilidade dos direitos dos representados. Quando da edição dessa lei, pela primeira vez se permitia o manejo de ações coletivas atípicas, devido ao microssistema formado em conjunto com a LACP.⁶¹ Considerando-se que a comunidade jurídica brasileira engatinhava no assunto, e que muitos posicionamentos ainda haveriam de ser construídos por doutrina e jurisprudência, foi bastante feliz a extensão da coisa julgada *in utilibus* à esfera individual.⁶²

No atual estágio de desenvolvimento do direito processual coletivo, entretanto, não há mais qualquer justificativa, seja de ordem prática ou de ordem sistêmica, que fundamente a manutenção de um modelo de coisa julgada que prejudique de tal forma a parte individual. Admitindo-se o controle de representação adequada, tem-se que tanto os interesses coletivos quanto os individuais serão debatidos em pé de igualdade no processo. Ambos serão defendidos por representantes idôneos. Por isso, merecem o mesmo tratamento processual.⁶³

custo decorrente de um sem-número de processos (nas demandas coletivas sequer tem havido a condenação do autor pelos encargos da sucumbência), apesar de já ter saído vencedor em uma demanda coletiva”. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 103.

⁶¹ “A instauração do referido sistema legal de tutela dos direitos meta-individuais, para além de representar novidade no cenário jurisdicional brasileiro (que até então só conhecia a ação popular como instrumento de proteção dos direitos sociais), causou um forte *choque* político-cultural, eis que, num curto período de aproximadamente cinco anos, a até então exclusiva fórmula individual de acesso à justiça passou a ser complementada e, em muitos aspectos, até mesmo superada pelo modelo processual coletivo, apto a empreender com efetividade a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 17.

⁶² “Mas apenas não ser violador das garantias constitucionais, em que pese ser necessário, não seria um atributo suficiente para a obtenção da efetiva e adequada tutela aos direitos coletivos. Era preciso que a solução escolhida fosse adaptada à realidade sócio-cultural de um país atrasado e sem qualquer tradição ou experiência com a defesa de direitos coletivos como o nosso. E foi o que se procurou fazer”. GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 71.

⁶³ Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, dissertando sobre o regramento consumerista da coisa julgada para os direitos individuais homogêneos, afirma que “o julgamento contrário à parte que efetuou a defesa coletiva não produzirá efeitos *erga omnes*, o que merece ser criticado, pois viola o princípio da isonomia. Ao estabelecer, de modo limitado, como legitimados, apenas os órgãos públicos e as associações, a representatividade adequada foi presumida. Por conseguinte, torna-se desproporcional e despropositada a diferenciação dos efeitos *secundum eventum litis*, pois não leva em consideração, tal

2.6. O tratamento da coisa julgada no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/UNESA

O anteprojeto de Código de Processo Coletivo elaborado sob coordenação do Professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes é sensível a esse problema. Em seu art. 22, estabelece que “nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas”.

Para Eduardo Arruda Alvim, essa redação representa “significativo avanço, afinando-se com a posição daqueles que criticam a adoção pelo nosso sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, e apontam os inconvenientes de semelhante previsão”.⁶⁴

Ainda que o parágrafo primeiro desse artigo preveja que “os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito ficam adstritos ao plano coletivo, não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos”, não se pode afirmar que tenha sido mantido o sistema de extensão *in utilibus* dos efeitos da coisa julgada.

Isso porque é pouco mais que evidente que a decisão acerca de direitos metaindividuais não interfere em direitos individuais, ainda que tratados

qual nos incisos I e II do art. 103, motivo significativo, como a falta ou insuficiência de provas, para afastar a extensão. O processo coletivo torna-se, assim, instrumento unilateral, na medida em que só encontrará utilidade em benefício de uma das partes”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, pp. 263 e 264. Conquanto não se concorde com a presunção de representatividade adequada, os fundamentos utilizados pelo Professor da UERJ para criticar a extensão *secundum eventum litis* dos efeitos da coisa julgada são os mesmo defendidos neste trabalho: se os interesses coletivos foram devidamente representados em juízo, não há motivo para afastar os efeitos da sentença da esfera individual dos representados.

⁶⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. *Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, pp. 188-189

coletivamente. São causas de pedir diversas, que não se confundem. As causas não se tangenciam. Os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos não prejudicam nem beneficiam os direitos individuais reflexos.⁶⁵

Imagine-se o caso em que a sentença coletiva declara existir um dano ambiental em determinada área da Serra do Mar decorrente de derramamento de petróleo, e condena o réu ao ressarcimento *in natura* – por exemplo, despoluindo a água. Poderia o proprietário de um imóvel localizado nessa região requerer a diretamente a liquidação dos danos em seu bem? É evidente que não. A sentença coletiva declarou a existência de dano ambiental, mas não houve declaração acerca do nexo de causalidade entre a conduta do réu e os danos na propriedade privada. No máximo, a ação individual poderá se beneficiar de um precedente criado pela ação coletiva, que já declarou a responsabilidade do réu pelo dano na Serra do Mar (um relevantíssimo precedente, aliás). Mas não se pode olvidar que o dano à propriedade particular poderia decorrer de outro evento, que não o derramamento de petróleo. Tomar o dano coletivo como certo perante todos os danos individuais é cercear o direito de defesa do réu.⁶⁶

⁶⁵ “Ora, para os direitos difusos e coletivos sequer se há de pensar em litispendência em relação a direitos individuais que envolvam o mesmo fato. Isto porque o indivíduo não tem legitimidade para propor a ação coletiva. Dos direitos difusos e coletivos apenas podem tratar os ‘legitimados coletivos’. Tem-se, assim, pedidos diversos, baseados em causas de pedir distintas”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 820. Se as causas de pedir são distintas e, por isso, não pode haver litispendência, com muito mais razão não pode haver extensão dos efeitos da coisa julgada.

⁶⁶ Antonio Gidi defende a possibilidade de execução e liquidação individuais fundadas em sentença proferida em ação para defesa de direitos metaindividuais. Sua posição se justifica na medida em que ele admite a discussão da causalidade em sede de liquidação. Isso não o impede, entretanto, de enxergar a diversidade de causas, impedindo que uma ação invada a esfera da outra:

“É certo que a procedência da ação coletiva em defesa de direito difuso torna desnecessária a ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos. Mas isso não significa que, tecnicamente, o pedido de tutela dos direitos individuais homogêneos esteja ‘contido’ no pedido da ação coletiva de direito difuso. O pedido da ação coletiva de direito difuso é absolutamente diverso do pedido de condenação genérica de responsabilidade civil por danos individuais. Não se pode dizer que este esteja

Rodolfo de Camargo Mancuso, em comentário à legislação atual, assim se manifesta:

pareceu ao legislador brasileiro ser mais prudente não deixar que o terceiro fosse *prejudicado* pela coisa julgada coletiva (a menos que tivesse aderido ao respectivo processo), sem prejuízo de que ele poderia ser *beneficiado* por ela (o dito transporte *in utilibus*). Essa técnica se explica na medida em que, por exemplo, a afirmação que se constitui na *causa de pedir* de uma demanda coletiva contra a indústria fumígena (“fumar é prejudicial à saúde”) ‘corresponde’ à premissa que seria colocada como causa de pedir na correlata ação individual ajuizada por ex-fumante contra essa mesma indústria.⁶⁷

Essa afirmação só é verdadeira se a demanda coletiva tratar de interesses individuais homogêneos. Aí sim os efeitos da coisa julgada coletiva poderão ser estendidos às ações individuais, por ser idêntica a causa de pedir. Por uma questão lógica, no entanto, essa extensão deve operar *pro et contra*, ou seja: havendo representação adequada dos interesses, a coisa julgada vinculará a todos os interessados, seja para beneficiar ou para prejudicar. Por outro lado, se a ação coletiva tratou de interesses difusos ou coletivos em sentido estrito, jamais será possível estender os efeitos da coisa julgada para a esfera individual, por serem diferentes o pedido e a causa de pedir.

Nesse sentido, perfeito é o art. 18 do Código Modelo elaborado por Antonio Gidi, o qual dispõe: “a coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por: I – representação inadequada dos direitos e

‘contido’ naquele porque o §1º do art. 103 é expresso em prescrever que a improcedência do direito difuso não prejudica os correspondentes direitos individuais. Muito menos se pode dizer que há riscos de decisões contraditórias, a autorizar a reunião de processos, pois a contradição seria meramente teórica, e não prática, porquanto se referem a direitos diversos, com titulares diversos, e, conseqüentemente, a lides diversas”. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 220-221.

⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2007, pp. 318 e 319.

interesses do grupo e de seus membros (Vide art. 3º, II); II – insuficiência de provas”.

Colocadas essas características, é de se observar que, mantidas a lei e a interpretação que se lhe dá atualmente, é desnecessária a faculdade do *right to opt out*. Num sistema em que a coisa julgada coletiva nunca pode prejudicar direitos individuais, não há qualquer razão para que os membros de um grupo queiram ser excluídos da abrangência de uma ação que só poderá beneficiá-los.⁶⁸

Já pelo regime dos Anteprojetos em comento, como a sentença abarcará todos os interessados adequadamente representados independentemente do resultado da demanda, é imperiosa a oportunidade de se questionar a representação – ou, pelo menos, de se auto-excluir da classe, por não concordar com a atuação do representante. É o que coloca o § 3º do art. 22 do Anteprojeto da UERJ: “Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou de exclusão”.

É nesse contexto que se coloca a premissa do controle da representatividade adequada, fundamental para que se possa discutir a existência de uma ação coletiva passiva no ordenamento brasileiro.

⁶⁸ “El sistema brasileño de cosa juzgada puede ser considerado como una alternativa al sistema de “optar por salir” (opt out); en el cual un miembro puede exigir ser excluido de la acción colectiva. El procedimiento de “optar por salir” solamente se justifica en un sistema en que la sentencia es obligatoria para los miembros ausentes del grupo, sin considerar la solución final del caso (“sea o no sea favorable al grupo”). Sin embargo, un sistema de “optar por salir” es incompatible con un sistema de cosa juzgada secundum eventum litis. En tanto que los miembros ausentes no estén obligados por una sentencia desfavorable, el miembro no necesita excluirse del grupo”. GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. pp. 112-113.

Defendeu-se aqui a classificação da legitimidade para a propositura da ação coletiva como autônoma, por derivar não da titularidade do direito material deduzido em juízo, mas da adequada representação de interesses coletivos.⁶⁹ Representação essa que também dá fundamento à extensão dos efeitos da coisa julgada aos interesses individuais. Nesse sentido, é natural que a adequação dessa representatividade seja submetida a um controle concreto. Afinal, uma representação inadequada não possui aptidão para vincular quaisquer espécies de interesses. Logo, é de fundamental importância que se estude o instituto do controle de representatividade, para que se possa definir os contornos da ação coletiva passiva no processo coletivo brasileiro.

⁶⁹ No mesmo sentido é a lição de Pedro Lenza, que, aceitando a classificação proposta por Barbosa Moreira, classifica a legitimação coletiva como extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva: “A legislação brasileira, seguindo tendência mundial, alterou o clássico conceito de ‘justa parte’, desvinculando-o do titular do direito material violado, mitigando, assim, o princípio clássico da coincidência entre aquele referido titular e o sujeito do processo, através da criação do modelo de um *representante ideológico* da massa, do *ideological plaintiff* (Louis Jaffe), do *ente esponenziali di un gruppo non occasionale* (Massimo Severo Giannini), enfim, do *representante adequado* para, em juízo satisfazer os requisitos dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, analisados, também, sob a ótica coletiva”. LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 176-177.

3. REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

3.1. Os fundamentos da doutrina que nega ao juiz o poder controlar a representatividade do legitimado

Para a doutrina dominante no Brasil, não há em nosso ordenamento possibilidade de controle judicial sobre a adequação do representante nas ações coletivas. Os motivos de tal recusa são variados e, por isso, devem ser um por um rebatidos.

Antonio Gidi enumera os seguintes argumentos, coletados na doutrina:⁷⁰ a) a coisa julgada nas ações coletivas é dada apenas para beneficiar os membros do grupo, e não para prejudicar; b) como o legislador selecionou previamente algumas pessoas jurídicas para propor ações coletivas, a sua adequação seria uma presunção *iuris et de iure*: não deve haver controle do juiz porque já houve controle pelo legislador; c) o controle pelo juiz seria desnecessário, eis que o Ministério Público sempre atua como fiscal da lei em ações coletivas.

A aceitação de uma ação coletiva passiva no atual estágio do direito processual pátrio demanda o controle judicial sobre a adequação do representante. Por isso, tais entendimentos merecem ser considerados e devidamente respondidos.

3.1.1. *O controle de representatividade é instrumento de proteção dos direitos coletivos e difusos, efetivando o princípio da economia processual*

⁷⁰ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002, pp. 63-65.

O primeiro argumento é nitidamente falacioso. É verdade que a lei põe a salvo os direitos individuais dos membros do grupo representado, mas desde que se trate de direitos individuais homogêneos. Os direitos coletivos e difusos deduzidos em juízo ficam sempre sujeitos aos efeitos da coisa julgada.

Imagine-se que, em ação coletiva, o representante alega que houve poluição fluvial e requer do réu o ressarcimento do dano *in natura*. A ação é então julgada improcedente porque se provou não haver dano ambiental. Apesar dessa sentença, é possível a qualquer morador ribeirinho requerer o pagamento de indenização pelos prejuízos causados pela poluição em sua propriedade. Note-se, isso é possível ainda que tenha havido declaração, na ação coletiva, de inexistência de poluição. Com efeito, conforme já argumentado, tratam-se de causas de pedir diversas. A outro ente coletivo, entretanto, será defeso propor nova ação visando à reparação do dano ambiental.

Isso significa que não haverá outro modo de se promover a defesa de interesses difusos e coletivos. Os indivíduos estão legitimados a postulare em juízo seus próprios interesses lesados, mas não os interesses da coletividade. Afinal, em se tratando de conflitos intersubjetivos, o autor se sujeita à regra do artigo 6º do CPC. Ou seja, o morador do exemplo acima poderá requerer indenização pelos danos causados à sua propriedade, mas nunca o ressarcimento *in natura* de um bem coletivo, como o é o meio ambiente.

Caso o ente coletivo tenha atuado de maneira correta e militante, empregando os devidos esforços na atividade probatória e nas argumentações

jurídicas, não há que se impugnar a sentença de improcedência. Se assim foi decidido é porque o réu conseguiu provar que de fato não havia poluição. Desse modo, ele não pode ficar sujeito a infinitas rediscussões da matéria.

Entretanto, se o autor adotou postura desidiosa, ou se por falta de recursos não conseguiu dar o adequado andamento à sua ação, seja por contar com advogados despreparados, seja por dolo ou desinteresse, não é sensato se imaginar que tal sentença possa fazer coisa julgada. O bem colocado em litígio é por demais valioso, perante o nosso ordenamento, para que se possa adotar tal postura. Como questiona Antonio Gidi, como justificar que um representante pode ser “incompetente, relapso, medíocre, fraudulento e ainda assim sua conduta poderá vincular todo o grupo que ele representa”?⁷¹

É evidente, portanto, que há enormes prejuízos em não se efetuar o devido controle sobre a representação, ainda que a coisa julgada coletiva só tenha seus efeitos estendidos para a esfera individual de modo a beneficiar os membros do grupo. De fato, a despeito de poder haver reparações individuais, o bem coletivo continuará lesado, sem possibilidade de rediscussão.

3.1.2. *A previsão legal de uma legitimação ativa não gera presunção absoluta de representação adequada para os legitimados coletivos*

O segundo argumento, apesar de igualmente equivocado, merece maiores considerações.

O Projeto de Lei nº 3034/1984, chamado *Projeto Bierrenbach*, que originou a Lei de Ação Civil Pública, previa expressamente o controle de

⁷¹ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002, p. 65.

representatividade adequada. Fixava, ainda, na própria disciplina legislativa, as condições para avaliá-la. O dispositivo que possibilitava o controle judicial foi vetado pelo Executivo, mantendo-se somente a regra que sistematizava as condições a serem preenchidas pelos legitimados.

É possível encontrar na Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* um modelo para a previsão de controle de representação pelo juiz. Em sua alínea (a) (4), o artigo estabelece que “*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*”.

Para Pedro Lenza,

este quarto pressuposto de admissibilidade das *class actions* foi o grande inspirador do *Projeto Bierrenbach*, que estabelecia o dever de as associações demonstrarem sua *representatividade (adequacy of representation)*, cabendo ao *juiz*, além de atestá-la, analisar alguns requisitos objetivos, tais como a constituição há 6 meses nos termos da lei civil e a inclusão, entre as suas finalidades institucionais, da proteção ao meio ambiente ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos ou paisagísticos.⁷²

Diante do veto ao dispositivo que previa expressamente o controle pelo juiz, parte da doutrina tem sustentado que a verificação de legitimidade se dá *ope legis*, ao contrário do modelo da *class action*, em que a aferição acontece *ope judicis*. O legislador teria, segundo esse entendimento, criado um rol taxativo de legitimados, estabelecendo presunção absoluta de que seriam representantes adequados.

Algumas regras, contudo, permitem afirmar que o juiz não está totalmente adstrito à norma para aferir a representatividade adequada. Em primeiro lugar, existe a possibilidade de o juiz dispensar o pré-requisito da pré-constituição da associação há pelo menos um ano, se há manifesto interesse

⁷² LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 176-177.

social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (art. 82, § 1º, do CDC). Em segundo lugar, alude a doutrina à legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos indisponíveis ou dotados de relevância social.

Em ambos os casos há valoração por parte do magistrado, que decide em que casos uma associação é um representante adequado, ainda que constituída há menos de um ano, e em que casos o Ministério Público é um representante adequado para a defesa de interesses individuais homogêneos.

Pedro Lenza retira importantes conclusões da possibilidade de o juiz reconhecer a representatividade de associação constituída há menos de um ano. Para ele,

mesmo que preenchidos os aludidos requisitos, infere-se do sistema a real possibilidade de o magistrado negar seguimento à ação em razão da inexistência de *adequacy of representation*. Isso porque, se é possível reconhecer representatividade adequada nas hipóteses de associação que não preencha o requisito da pré-constituição ânua, no mesmo sentido, seguindo a coerência que decorre do sistema, poder-se-á declarar a falta de capacidade de representação da classe para as situações em que o autor coletivo, muito embora se enquadre nos requisitos legais, mostra-se inidôneo para o ajuizamento da ação.⁷³

A idéia de que o legislador teria fixado previamente os legitimados coletivos, com presunção absoluta de representatividade adequada, é insustentável.⁷⁴ Evidentemente,

⁷³ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 201.

⁷⁴ “O nosso sistema de verificação dessa condição [a de representante adequado] – ninguém em sã consciência o nega – carece de aperfeiçoamento. Fizemos uma suposta adesão ao denominado sistema *ope legis* crendo que, apenas por pertencermos à família jurídica da *civil law*, a previsão legal de um rol de legitimados bastaria à solução do problema. Puro engano (...). Estivéssemos em um sistema *ope legis* (nunca estivemos porque ele é impraticável), e não se discutiria tanto, em juízo a preliminar de legitimação ativa!” VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action* Brasileira: limites

não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor *qualquer* demanda coletiva, pouco importa quais são as suas peculiaridades. É preciso verificar se o legitimado coletivo reúne atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de *determinado* processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da *representatividade adequada* devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva.⁷⁵

Mesmo Elton Venturi, que se posiciona contrariamente à possibilidade de controle *ope judicis* da representação adequada, admite que,

a exemplo do que ocorre com a legitimação das demais entidades privadas (associações civis e sindicatos, sobretudo), a experiência brasileira já demonstrou à saciedade que a mera autorização legal para que qualquer pessoa física ou jurídica possa ajuizar ações coletivas, desacompanhada de uma análise empírica sobre a viabilidade econômica, técnica e política da empreitada judicial intentada, ao invés de propiciar o aperfeiçoamento e o incremento da tutela coletiva, parece conspirar contra.⁷⁶

Desse modo, é possível concluir, com Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., que

a análise da legitimação coletiva (e, por consequência, da *representação adequada*) dar-se-ia em duas fases. Primeiramente, *verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo*. A seguir, *o juiz faz o controle in concreto da adequação da legitimidade* para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em tela.⁷⁷

Fica evidente, assim, que legitimação ativa não se confunde com representação adequada. A previsão pelo legislador de um rol de legitimados

propostos para o “Código de Processos Coletivos”. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 313.

⁷⁵ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, V.4 – Processo Coletivo. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 211.

⁷⁶ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, pp. 171-172.

⁷⁷ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, V.4 – Processo Coletivo. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 211.

não implica a presunção de que tais entidades sejam representantes adequados. Tal aferição deve ser feita no curso do processo, tomando-se em conta as peculiaridades do caso concreto. Afinal, “a possibilidade de representação conferida pela lei só se justifica e valida na medida em que for exercida devida e adequadamente”.⁷⁸ E esse exercício deve estar constantemente submetido à fiscalização jurisdicional.

3.1.3. Controle sobre a atuação do Ministério Público⁷⁹

Finalmente, a terceira objeção ao poder de controle do magistrado sobre a representação adequada: a idéia de que tal aferição seria dispensável, visto que o Ministério Público sempre atua como *custos legis* em ações coletivas.

A resposta a essa frágil posição é dada pelo próprio Antonio Gidi, para quem

não há qualquer contradição entre o Ministério Público estar em melhores condições de controlar a adequação do representante e o juiz estar encarregado de decidir sobre essa questão. Aliás, essa é a base da divisão de trabalhos entre o Ministério Público e o Judiciário: o Ministério Público, de pé, alega e o juiz, sentado, decide. De nada adianta o membro do Ministério Público constatar a inadequação do representante em uma ação coletiva concreta, se ele não puder alertar o juiz sobre esse fato e requerer a extinção do processo sem julgamento de mérito (...). Ademais, *quis custodiet ipsos custodes?* Quem fiscalizará o fiscal da lei quando ele for o autor de uma ação coletiva inadequadamente conduzida ou proposta? Uma representação inadequada prejudica os interesses do grupo, ainda que regada de boa vontade e boa-fé e abençoada pelo poder estatal.⁸⁰

⁷⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 81.

⁷⁹ Conforme será mais bem desenvolvido em seguida, o Ministério Público não pode ocupar o pólo passivo de uma Ação Coletiva. Entretanto, como nesta parte do trabalho se está tratando de um dos fundamentos da Ação Coletiva Passiva – o controle judicial sobre a representação adequada –, o argumento é válido para demonstrar a necessidade de fiscalização sobre a atuação do legitimado coletivo.

⁸⁰ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002, p. 64.

Convergindo à mesma conclusão, Freddie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. afirmam que “nem mesmo o Ministério Público poderia ser considerado um legitimado coletivo universal, pois também em relação à sua atuação se imporia o controle jurisdicional de sua legitimidade”.⁸¹

Nota-se, assim, que o argumento da desnecessidade de controle pelo juiz parte da errada premissa de que o Ministério Público seria um representante sempre adequado e apto a defender os interesses de uma coletividade.

3.2. Conteúdo jurídico da adequação de representação

Rebatidas, então, as três principais objeções à possibilidade de controle judicial da representação adequada, é de se questionar em que consiste essa adequação. Se, como afirmou Pedro Lenza, citado anteriormente, deve “essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo”, quais deverão ser os critérios utilizados pelo juiz para informar o conteúdo dessa adequação?

Novamente, a doutrina norte-americana pode contribuir decisivamente para a superação do problema. No sistema das *class actions*, o controle judicial opera tanto com relação ao representante quanto com relação aos seus advogados.

⁸¹ DIDIER Jr., Freddie; ZANETTI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, V.4 – Processo Coletivo. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 211

O motivo dessa dupla fiscalização é o fato de que, a despeito de a *class action* ser proposta em nome de um cidadão, seus advogados é que são os verdadeiros *dominus litis*. Dessa maneira, “enquanto o termo *private attorney general* é normalmente aplicado aos autores da ação, são os advogados que, na realidade, cumprem esse papel e devem ser compensados por suas horas de trabalho e esforço. De fato, analisando-se a questão mais profundamente, nota-se que a compensação deve ser alta o suficiente para que os melhores e mais brilhantes advogados assumam tais riscos”.⁸²

Se a retribuição pelo trabalho do advogado deve ser alta o suficiente para estimulá-lo a fazer um bom trabalho em nome dos representados, da mesma forma o controle sobre sua atuação deve ser rígido o bastante para desestimular advogados não qualificados a assumirem o patrocínio de ações coletivas.

Por esse motivo, no que diz respeito ao advogado, o direito norte-americano leva em consideração

várias questões, dentre as quais a qualificação profissional, especialização na área, a experiência com ações coletivas, a qualidade dos escritos submetidos ao tribunal e a *performance* na causa como um todo, o relacionamento com a parte, cumprindo com o seu dever de comunicação e esclarecimento dos membros presentes da classe, a estrutura e a capacidade do escritório para patrocinar o litígio, a conduta ética e os antecedentes, bem como a existência de conflitos de interesse.⁸³

Com relação às *representative parties*, por sua vez,

mais do que a quantidade de litigantes presentes, para a certificação [espécie de exame de admissibilidade nas *class actions*], importa a qualidade da defesa

⁸² FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p.215.

⁸³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 82.

dos interesses da classe. Em relação às partes representativas, são considerados o comprometimento com a causa, a motivação e o vigor na condução do feito, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira, o conhecimento do litígio, honestidade, qualidade de caráter, credibilidade e, com especial relevo, ausência de conflito de interesses”.⁸⁴

Como se observa, há uma extensa gama de características⁸⁵ a serem aferidas pelo juiz, durante o curso de uma *class action*. Poucos desses requisitos podem ser avaliados fora do caso concreto. O comprometimento com a causa, por exemplo, não envolve somente uma cláusula estatutária prevendo a finalidade de defesa do interesse judicializado. Muito mais que isso, comprometimento com a causa envolve também uma análise do comportamento do representante durante o curso da *class action*. Demanda uma avaliação de sua postura, que deve ser ativa e combativa, correlata com a importância atribuída pelo ordenamento ao direito discutido. Deve ser, enfim, uma postura *adequada* à efetiva defesa desses direitos.

Utiliza-se o termo *representação adequada* exatamente porque exprime a relação de consonância entre a relevância de um interesse dentro do ordenamento e a postura de seu porta-voz em juízo. Por isso, não se exige “que o representante e o advogado sejam perfeitos, ou os melhores disponíveis para propor a ação coletiva. O direito americano contenta-se com que o representante seja adequado para tutelar vigorosamente os interesses do grupo. Ele não precisa ser perfeito, basta que seja adequado”.⁸⁶

⁸⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 82.

⁸⁵ Todas essas características são muito bem resumidas por Antonio Gidi, que afirma: “como se sabe, no direito americano, o requisito da adequação de representação é composto por dois elementos: a ausência de antagonismo ou conflito de interesses entre o representante e o grupo e a possibilidade de assegurar a vigorosa tutela dos interesses do grupo”. GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002, p. 67.

⁸⁶ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002, p. 67.

Como esses requisitos só podem ser corretamente avaliados no contexto do desenvolvimento da ação coletiva, tem-se o quão absurda é a idéia de que o elenco de legitimados traria em si uma presunção absoluta de que tais entes seriam representantes adequados. Como a lei é genérica e abstrata, ela não consegue abarcar todas essas peculiaridades que podem tomar curso no decorrer do processo. É evidente que o controle judicial sobre a adequação do representante, mais do que possível, é necessário, em homenagem ao princípio constitucional do devido processo legal.

Nesse sentido, caso não haja uma atuação adequada do representante coletivo, o ordenamento americano não autoriza a formação de coisa julgada, nem a sua extensão à esfera individual dos representados.⁸⁷ Essa sistemática produz uma interessante consequência: como a ausência de representação adequada poderá propiciar a decretação de invalidade ou declaração de ineficácia do julgado proferido na *class action* em relação ao membro ausente,

“a objeção é freqüentemente levantada pela parte adversária da classe. Perfunctoriamente, pode parecer uma anomalia, mas, no fundo, o réu estará objetivando defender os seus próprios interesses, seja porque o acatamento da alegação ocasionará a extinção do processo sem o julgamento do mérito, seja para garantir a efetividade da vitória, em caso de improcedência do pedido. Pois, neste caso, a representação inadequada desvincularia os membros ausentes da classe em relação à coisa julgada, que ficaria com a sua eficácia limitada às partes processuais, tal qual ocorre nas ações individuais.”⁸⁸

⁸⁷ Note-se que essa regra é baseada na garantia do devido processo legal e, portanto, se aplica indistintamente tanto ao sistema de representação de interesses quanto ao sistema de representação de pessoas. Desse modo, não se pode vincular terceiros – individuais ou coletivos – ao resultado de um processo em que não houve uma representação adequada, a menos que esses terceiros tenham intervindo na demanda e, assim, tomado a qualidade de partes. Para Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., “nos sistemas com esse modelo a coisa julgada é para toda a classe, a imutabilidade do comando da sentença atinge a todos os membros *pro et contra* (independentemente da solução determinada na sentença). Nem poderia ser diferente, visto estarem todos legitimamente ‘representados’ no litígio, não havendo motivo para rediscussão ‘eterna’ do direito conflituoso”. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, V.4 – Processo Coletivo. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 198.

⁸⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, pp. 82-83.

3.3. Representatividade adequada nos Anteprojetos de Código de Processo Coletivo

Tendo em vista todos os benefícios⁸⁹ que a possibilidade expressa de controle sobre a representatividade adequada traria ao sistema processual coletivo brasileiro, os anteprojetos de Código de Processo Coletivo prevêm, em seus artigos, o dever do juiz de fiscalizar a conduta do representante.

O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América dispõe, no § 2º de seu artigo 2º, que, na análise da representatividade adequada, o juiz deverá analisar dados como a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; sua conduta em outros processos coletivos; a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física⁹⁰ perante o grupo, categoria ou classe.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado pela Professora Ada Pellegrini Grinover traz basicamente os

⁸⁹ “Através do requisito da adequação da representação, o direito americano atinge três resultados: a um só tempo, minimiza o risco de colusão, incentiva uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura que se traga para o processo a visão e os reais interesses dos membros do grupo. O objetivo primordial é assegurar, tanto quanto possível, que o resultado obtido com a ação coletiva não seja substancialmente diverso daquele que seria obtido em ações individuais em que os membros do grupo defendam pessoalmente os seus direitos”. GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002, p. 66.

⁹⁰ Fala-se em pessoa física porque o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América legitima, em seu artigo 3º, I, que é legitimado à ação coletiva “qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato”.

mesmos requisitos, sendo os três primeiros expressos em seu artigo 20, I, e os dois últimos no inciso IX e § 1º do mesmo artigo⁹¹. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado pelo Professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes elenca os mesmos parâmetros de aferição da representação adequada em seu artigo 8º, § 1º. Em pouco difere o Código Modelo do Professor Antonio Gidi, o qual apenas acrescenta o requisito de honestidade do legitimado coletivo.

Percebe-se, assim, que o direito brasileiro caminha para a previsão expressa desse controle. Nesse sentido, os quatro projetos de codificação mais importantes na seara do processo coletivo estabelecem requisitos a serem preenchidos pelo representante e a serem fiscalizados pelo juiz.

3.4. Possibilidade de controle judicial sobre a adequada representação *de lege lata*

Não é preciso, entretanto, que haja qualquer mudança legislativa para que esse controle possa ser realizado. Conforme extensivamente argumentado anteriormente, é ilógico imaginar que a previsão de determinados legitimados para a propositura de ação coletiva possa ensejar uma presunção absoluta de representatividade adequada. Não se pode conceber que um representante possa ser visivelmente desidioso, ou que ele possa se autonear defensor de um interesse que demanda um poderio econômico muito maior que o efetivamente possuído, de modo que isso prejudique sua

⁹¹ Esse anteprojeto, no entanto, traz o grave erro de prever o controle judicial sobre a representação adequada somente para os legitimados individuais e associações.

atuação; ou, ainda, que o representante possa agir com irresponsabilidade, perdendo prazos e abrindo mão de recursos e provas; ou, pior, que aja em conluio com o adversário, e em nenhum momento o juiz possa intervir para garantir a observância do devido processo legal. Até por uma questão de economia processual deve ser admitido esse controle, vez que é muito mais fácil fiscalizar a conduta atual do representante do que ter de declarar, em processo posterior, que não houve respeito ao devido processo legal graças à conduta inadequada do representante e que, portanto, não pode haver extensão dos efeitos da coisa julgada aos representados.

Certamente haverá quem argumente que permitir ao magistrado essa fiscalização sem parâmetros positivados pode abrir caminho ao arbítrio do judiciário, e assim o juiz é quem ficará com um poder sem controle.⁹² Ou que, mesmo tendo parâmetros positivados, os requisitos arrolados nos projetos são por demais abertos, e outorgam ao julgador excessiva margem para interpretação, dando-lhe demasiado poder na condução da causa.

Tal advertência deve ser ouvida e considerada por qualquer um que pretenda defender a possibilidade de controle sobre a representação

⁹² Não é outra a preocupação de Diogo Maia, que nega a possibilidade de o judiciário efetuar esse controle atualmente, não por causa de uma impossibilidade lógica, mas por receio do modo como tal poder pode ser usado pelos juízes: “a implementação da *representatividade adequada de lege lata* não isenta o risco da arbitrariedade judicial, pois sua caracterização *ope judicis* é, por natureza, subjetiva. Nesse ponto, vislumbra-se também a ausência de previsibilidade, em sacrifício desproporcional ao *princípio da segurança jurídica*, pois, pela ausência de sistema similar no ordenamento jurídico brasileiro, não há padrões objetivos que possam ser utilizados para a averiguação da *adequada representatividade*. MAIA, Diogo Campos Medina. *Os fundamentos da Ação Coletiva Passiva*. Dissertação de Mestrado. 2006 – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, 2006, p. 143. Devido a esse posicionamento, o autor busca em princípios processuais constitucionais os fundamentos para a ação coletiva passiva. Seu alerta é importante e merece ser ouvido e atenciosamente refletido. Optou-se, no presente trabalho, por defender a possibilidade de controle judicial sobre a representação porque, mais que uma premissa para a aceitação da ação coletiva passiva, tal aferição é uma necessidade presente, corolário do princípio do devido processo legal. Além disso, como se verá adiante, esse controle pode ser efetuado sem alteração legislativa e com base em critérios abertos, porém seguros, porque resultantes da atividade diuturna do representante. Isso diminui consideravelmente os riscos de arbítrio judicial na verificação da representatividade adequada. Não se pode, contudo, defender o a possibilidade de controle sem que se pense em meios de limitar os juízes no exercício desse dever legal.

adequada *de lege lata*. A essa objeção, contudo, deve-se responder com as sábias palavras de Calmon de Passos:

O Direito não é o texto escrito, nem a norma que dele formalmente se infere, nem os códigos, nem as consolidações, nem as leis, nem os decretos, nem as portarias, nem os tratados e monografias. O Direito somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana (...). A relação entre o processo de produção do Direito e o que dele resulta como produto, seja sob a forma de enunciado, seja em termos de decisão (dizer o Direito e aplicar o Direito) não é, portanto, de caráter instrumental, meio-fim, como se dá no âmbito dos produtos do trabalho do homem, sim de natureza substancial, orgânica, integrativa, como ocorre necessariamente no âmbito da *ação* especificamente humana. O Direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isso nos adverte de que o Direito nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja fruição é possível mediante simples utilização do já feito ou acabado. O Direito é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado.⁹³

Assim, não é possível retirar do juiz qualquer possibilidade de interpretação da norma.⁹⁴ Até porque a norma jurídica não é o texto escrito, mas

é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos (...). A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Basta isso para nos advertir que um único texto pode originar significações

⁹³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 23 e 25.

⁹⁴ Cândido Rangel Dinamarco bem ilustra os perigos de se tomar a lei como instituto infalível e absoluto, que não demanda qualquer interpretação: “A lei escrita dá parâmetros e limita as possíveis dúvidas, mas nem assim estas ficam definitivamente afastadas. Quem haveria de supor, antes do violento surto inflacionário brasileiro, que a vetusta regra da responsabilidade civil por ilícito extracontratual contivesse em si a virtualidade de exigir que as indenizações se façam pelo valor atualizado do dano ao tempo do pagamento e não pelo critério nominalístico preso ao valor do tempo da própria *injúria*? Quem não se escandalizaria, antes da vitoriosa escalada da teoria da ‘desconsideração da personalidade jurídica’ (*disregard of the legal entity*), com a afirmação da responsabilidade patrimonial dos sócios? O afastamento da regra nominalista lá e a ruptura dos tradicionais esquemas da personalidade jurídica aqui, constituem resultados da evolução do conteúdo de normas positivadas, quanto às quais por muito tempo os juristas não tiveram dúvidas mas que, por pressão da realidade, acabaram recebendo interpretação muito diferente da tradicional. Eis dois exemplos, em tintas bastante carregadas, de razões suficientes para se tomar muita cautela antes de afirmar que a lei escrita cria certeza quanto às situações por ela previstas”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 292 e 293.

diferentes, consoante as diversas noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador.⁹⁵

3.5. O novo papel do juiz perante os direitos metaindividuais

Do exposto, extrai-se que, em matéria processual coletiva, ou se outorga ao magistrado a confiança que suas responsabilidades pressupõem, ou não se atingirá o esperado grau de efetividade do processo coletivo. O ranço do individualismo, que ainda enxerga o juiz como a *bouche de la loi*, não se coaduna com os fins buscados na ação coletiva.⁹⁶

Nas palavras de Marcelo Abelha, num Estado social, em contraposição ao Estado liberal que iluminou toda a construção do processo individual,

“a técnica processual deixa de ser fria e passa a ser permeada de sensível carga ideológica, voltada para o social. Diminui-se a preocupação com técnicas de segurança para buscar-se as soluções que prezem pela efetividade. O tempo no processo constitui um sério fator comprometedor do resultado, e por isso passa a ser um rival que deve ser administrado. A busca da verdade real (ordem jurídica justa) incita um comportamento ativo, tórrido, participativo, inquietante do magistrado, que deve saber distinguir os temos parcial de ativo; parcial de participativo; parcial de inquieto; parcial de perseguidor da verdade. Enfim, deve o juiz envolver-se com o processo de modo a descobrir a verdade (...). Para aqueles que pensariam estarmos diante de uma conduta parcial, ao agir dessa forma, sinceramente, prefiro um juiz que assim aja do que aqueles que cometem a mais grave das parcialidades, que é se manter omissos e estáticos diante das agruras da vida que estão impressas nos autos de um processo.”⁹⁷

⁹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8.

⁹⁶ “Vivenciamos uma época em que ou a tutela coletiva se afirma plenamente, cumprindo adequadamente os objetivos idealizados com a sua implantação, mediante a superação de problemas já suscitados pela praxe forense, ou então acaba sendo reduzida ou subvertida em um simulacro de proteção dos direitos meta-individuais, quando não transformada em mera ação individual proposta a título de representação de alguns poucos interessados, como já ocorre por força da determinação do art. 2º-A da Lei 9494/1997”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 23.

⁹⁷ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pp. 186 e 187.

Diante dessa nova função do juiz, e da postura pró-ativa e não omissiva que o trato de interesses de massa supõe, deve-se outorgar a ele o instrumental necessário para o exercício de suas funções. Um instrumental adequado e aderente às necessidades do direito material deduzido em juízo. Suprimir-lhe a possibilidade de aferir a correta condução da causa pelo legitimado coletivo significa deixar desprotegidos justamente os direitos que por muito tempo ficaram sem a devida tutela.

Por isso, o controle judicial sobre a representação adequada é medida necessária e urgente, que pode ser exercida independentemente de qualquer alteração legislativa. Nos Estados Unidos, onde essa aferição é ponto central no manejo das *class actions*, o controle sobre a adequada representação iniciou-se por obra da jurisprudência. É o que explica Diogo Maia:

Em 1938, surgem nos EUA as *Federal Rules of Civil Procedure* (equivalente ao nosso Código de Processo Civil), prevendo na *Rule 23* as *class actions*, que viriam a ganhar notoriedade como principal forma de defesa de direitos transindividuais na América do Norte. Assim como a *Equity Rule 38*, a nova *Regra 23* permitia que a coletividade figurasse no pólo passivo da demanda. Uma novidade, todavia, se fez presente: a *expressa* menção à *adequada representatividade*. Note-se que, antes da *Rule 23*, a *representatividade adequada* já era considerada jurisprudencialmente como um dos requisitos da ação coletiva, o que demonstra que o novo dispositivo legal não pretendia criar um modelo processual inédito, mas apenas sistematizar as ações coletivas de acordo com a prática vigente.⁹⁸

Nada impede que esse controle seja também realizado no Brasil, em concretização ao artigo 13 do Código de Processo Civil.⁹⁹ A lei processual

⁹⁸ MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da Ação Coletiva Passiva*. 2006. (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito, UERJ, pp. 51 e 52.

⁹⁹ “Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito”. Não se desconhece que tal dispositivo se referia, inicialmente, ao conceito técnico de representação, em que se defende em nome próprio interesse alheio. A finalidade do artigo, contudo, permite que ele seja aplicado também aos processos coletivos, na medida em que sua função é evitar prejuízo à parte decorrente de uma

nacional autoriza o controle sobre a regularidade da representação das partes, no Processo Individual. Com mais razão ainda deve ser feito no Processo Coletivo, estabelecendo-se os parâmetros para tal aferição de acordo com as necessidades do caso concreto e recorrendo-se à analogia com o Direito norte-americano, quando compatível com o modelo brasileiro.

Conclui-se, então, que o controle sobre a representação adequada pode e deve ser feito pelo judiciário *de lege lata*, pois decorre não de expressa menção de lei, mas de consequência lógica e necessária do sistema processual coletivo brasileiro.¹⁰⁰ Legitimação não se confunde com adequada representação, e esta se impõe devido ao grau de importância dado pelo nosso ordenamento aos direitos metaindividuais.

conduta irregular por parte daquele que age por ela em juízo. Tal interação com o Código de Processo Civil é possível tendo em vista o disposto no artigo 90, do CDC (“aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”). As providências previstas nos incisos do art. 13, entretanto, evidentemente não podem ser aplicadas aos legitimados coletivos, por absoluta incompatibilidade com os princípios da tutela coletiva. Nesse sentido, havendo irregularidade na representação por parte do ente coletivo, deve ser promovida a alteração do representante, de modo a se aproveitar os atos processuais já praticados.

¹⁰⁰ “Assim, nas zonas de penumbra deve-se optar pela resposta que privilegie os valores fundamentais, dentre os quais se sobressai a *operatividade do sistema*, como apto a gerar os fins para os quais foi criado”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 160.

PARTE II

PERFIS DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

1. AÇÃO COLETIVA PASSIVA: UMA NECESSIDADE PRESENTE

Quando da edição da Lei de Ação Civil Pública, em 1985, não havia ainda no Brasil grandes discussões acerca da defesa de interesses metaindividuais. Nosso ordenamento ganhou um robusto instrumento para defesa desses direitos, sem que antes se houvesse travado intensos debates doutrinários ou jurisprudenciais acerca do tema.¹⁰¹

Com relação à ação coletiva passiva, a situação é diversa.¹⁰² O direito processual coletivo brasileiro não prevê expressamente a possibilidade de uma coletividade ser ré num litígio. Necessidades de ordem prática, contudo, demandam o estudo do tema. A praxe forense, ignorando a ausência de regramento expresso acerca das ações coletivas passivas, tem aceitado esse tipo de demanda, de modo a não inviabilizar o acesso à Justiça. Há diversos exemplos de ações coletivas passivas já em curso, requerendo sistematização de seu funcionamento.

Pode-se citar o caso da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do SINDICOMBUSTÍVEIS, sindicato que reúne os postos revendedores de combustíveis do Estado do Paraná.¹⁰³ Na ação, a promotoria pede a criação de um limite de 11% para

¹⁰¹ “Diferentemente do que se passou com a consagração da tutela jurisdicional dos direitos meta-individuais em alguns países de *common law*, talhada através da experiência acumulada pelos tribunais ao longo de décadas, no Brasil a sua introdução se deu abruptamente – constatação que ajuda a explicar (sem justificar) o distanciamento entre o modelo ideal e a prática forense brasileira, por vezes reacionária e insensível à novidade representada pela conceituação e regulação da defesa dos *novos direitos*”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 18.

¹⁰² “Se é verdade que há alguns anos o direito brasileiro ainda não estava preparado para enfrentar os problemas envolvidos em uma ação coletiva passiva, o certo é que já chegou o momento de começar a pensar no assunto não somente *de lege ferenda*, como também, talvez, *de lege lata*. GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 414.

¹⁰³ Ação Civil Pública nº 1016/2004, da 2ª Vara Cível de Curitiba-PR.

margem de lucro dos postos de Curitiba e Região Metropolitana para a gasolina e de 30% para o álcool.

O argumento da promotoria para a ação é garantir a livre concorrência no setor, de modo a proteger o consumidor de aumentos abusivos.

Observe-se que, se não fosse a representação de todos os postos revendedores pelo Sindicato, tal ação ficaria praticamente inviável. Há mais de duas centenas de postos de combustíveis atuando na região de Curitiba. É fácil imaginar a dificuldade de se formar um litisconsórcio entre todos eles.

Outra ação coletiva passiva já ajuizada é referida por Diogo Maia.¹⁰⁴ Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Ceará na comarca de Baturité,¹⁰⁵ onde os comerciantes utilizavam indevidamente as calçadas da cidade para expor seus produtos. O pedido do autor foi assim estruturado: “Portanto, *requer* o Ministério Público, que V. Exa. se digne ordenar genericamente aos comerciantes desta cidade, independentemente de estarem nomeados no pólo passivo desta ação, a retirada dos objetos de qualquer espécie, das vias e passeios públicos, no prazo improrrogável de 24 horas, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais). *Requerendo* que seja determinado a divulgação da ordem de V. Exa., em caso de ser deferido o pedido retro, nos meios de comunicação locais, para a total ciência de todos os comerciantes desta cidade, além da intimação pelo Oficial de Justiça”. Como réus, foram nominados alguns

¹⁰⁴ MAIA, Diogo Campos Medina. A Ação Coletiva Passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 339.

¹⁰⁵ Ação Civil Pública nº 2000.0173.3752-7/0, da 2ª Vara Cível da comarca de Baturité-CE.

comerciantes, que representaram toda a classe. A sentença foi julgada procedente em 14 de maio de 1998.

São bastante comuns também as ações coletivas passivas nos casos em que se demanda em face de movimento grevista. Fredie Didier Jr.¹⁰⁶ menciona ação ajuizada pela União em face da Federação Nacional dos Policiais Federais e do Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal, em razão da greve nacional da categoria.¹⁰⁷ Diogo Maia¹⁰⁸, por sua vez, lembra as ações ajuizadas pelo Estado do Rio de Janeiro em face da Associação dos Defensores Públicos daquele Estado¹⁰⁹; pelo Estado de Minas Gerais em face de associações diversas e do Sindicato de Policiais Militares¹¹⁰; e pelo Estado do Rio de Janeiro em face do Sindicato dos Servidores da Secretaria de Justiça¹¹¹, todas em razão de greves reputadas ilegais e abusivas.

Deixando de lado os exemplos concretos e passando-se ao plano das hipóteses, então, fica ainda mais evidente a necessidade de regulação das ações coletivas passivas.

Em palestra proferida durante Congresso do Ministério Público Federal sobre a Releitura da intervenção do Ministério Público no processo civil: tutela individual e coletiva,¹¹² Kazuo Watanabe defendeu a possibilidade de se acionar judicialmente a associação dos moradores que decidissem bloquear o acesso de pessoas estranhas à vizinhança mediante instalação de

¹⁰⁶ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, V.4 – Processo Coletivo. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 204.

¹⁰⁷ Interdito Proibitório nº 2004.34.00.010685-2, da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

¹⁰⁸ MAIA, Diogo Campos Medina. A Ação Coletiva Passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 340.

¹⁰⁹ Ação Civil Pública nº 2005.001.072625-0, da 7ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro.

¹¹⁰ Processo nº 1.0024.04.378812-4.

¹¹¹ Processo nº 2004.001.071875-4.

¹¹² Palestra proferida em Curitiba no dia 05/06/2007, cujo tema era “A Ação Coletiva Passiva (*defendant class action*). Liquidação e execução coletiva”.

cancelas, fato que se tornou muito comum na cidade de São Paulo. E isso seria viável, segundo o eminente professor, no atual regime de ações coletivas. Igualmente seria possível, para ele, que, no caso de descumprimento de convenção coletiva de consumo firmada com base no art. 107 do CDC entre associação de consumidores e associação de fornecedores, um ente demandasse contra o outro. Ter-se-ia, então, uma ação duplamente coletiva.

Antonio Gidi, no mesmo evento, trouxe exemplo corriqueiro no direito norte-americano, em que o proprietário de certa patente propõe ação em face de centenas de empresas que estão a violar seu direito de autor, representadas por um legitimado coletivo.

Preocupado com as dificuldades decorrentes dos limites subjetivos da coisa julgada para a efetividade do comando jurisdicional inibitório, Sérgio Cruz Arenhart problematiza:

Não raro, os grandes conglomerados de mídia detêm o controle de várias empresas (de rádio, televisão, jornal e, hoje especialmente, de divulgação de notícias via *internet*). Ora, em vista disto, não será difícil imaginar que a propositura de uma ação inibitória contra certa empresa (deste conglomerado), visando a impedi-la de divulgar certa notícia ofensiva à vida privada, à honra ou à imagem do autor poderia restar frustrada na medida em que a empresa poderia 'desviar' a ordem interdita, passando a notícia para outro veículo do mesmo grupo. Certamente, a publicação da notícia por este meio não estaria proibida, já que a ordem inibitória dirige-se, ao menos em princípio, apenas para o réu daquela específica relação jurídica processual. Como, então, lidar com esta situação de verdadeira 'fraude' à ordem judicial? Seria possível estender os efeitos da ordem inibitória (diretamente consignados na decisão judicial) e, eventualmente, da coisa julgada, para terceiros, que não participaram da relação jurídica processual?¹¹³

Ora, se esses terceiros forem adequadamente representados na relação jurídica processual, tal extensão será sim possível. A ação coletiva passiva se afigura como um instrumento adequado para evitar esse tipo de

¹¹³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Inibitória da Vida Privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 222.

“fraude” à ordem inibitória. Basta que o pólo passivo seja ocupado por um ente que represente adequadamente toda a classe.

Na linha de pensamento de Sérgio Cruz Arenhart, pode-se imaginar uma ordem judicial para que determinado jornal não publique certas fotos do autor, por configurar-se tal ato uma violação de sua intimidade. Nada impede, contudo, que esse jornal venda as fotos para outro periódico, que assim as publica.

Esse tipo de distorção é passível de correção com o correto manejo da ação coletiva passiva. Intentando-se a ordem inibitória em face de associação que represente nacionalmente as pessoas capazes de burlar a ordem judicial,¹¹⁴ obtém-se uma solução mais adequada que aquela adotada pelo direito argentino.¹¹⁵ Ainda que a empresa não seja associada ao ente coletivo, os efeitos da coisa julgada poderão ser a ela estendidos, em razão da adequada representação de seus interesses no processo.

Finalmente, pode-se citar a compilação de situações propostas por autores brasileiros, feita por Marcos Neves Fava:

¹¹⁴ Pode-se pensar, por exemplo, na Associação Brasileira de Jornais e Revistas (ABRARJ), que abrange mais de 577 veículos em 22 Estados (fonte: <<http://www.abrarj.com.br/modulos/canais/descricao.php?cod=20&codcan=20>>. Acesso em 29/06/2007); na Associação Nacional de Jornais (ANJ), que representa mais de 130 associados (fonte: <<http://www.anj.org.br/index.php?q=node/161>>. Acesso em 29/06/2007); na Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Serviços e Informações da Rede Internet (ABRANET), que engloba mais de 300 empresas associadas (fonte: <<http://www.abranet.org.br/home/imprensa.asp>>. Acesso em 29/06/2007); a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA), que tem como associados as redes Bandeirantes, SBT e RedeTV (fonte: <http://216.239.51.104/search?q=cache:A3XEjspsTWoJ:www.soeconomia.com.br/index2.php%3Foption%3Dcom_content%26do_pdf%3D1%26id%3D372+associa%C3%A7%C3%A3o+redes+televis%C3%A3o&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=4&gl=br>. Acesso em 29/06/2007); e a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), que conta com a participação de mais de 2000 emissoras de Radiodifusão no País, dentre elas a Rede Globo (fonte: <http://www.abert.org.br/p_abert_historia.cfm>. Acesso em 29/06/2007).

¹¹⁵ “A situação preconizada pelo direito argentino – comunicar ao Ministério Público, para as providências em relação ao terceiro – é uma alternativa razoável, em se mantendo a situação da coisa julgada em seu estado atual. Não parece, todavia, ser a melhor solução, na medida em que semelhante providência implica tempo e, em sede de tutela inibitória, o tempo assume uma dimensão absolutamente essencial. Com efeito, até se promover a notificação judicial do Ministério Público, e até que este adote as providências cabíveis, muito provavelmente a providência preventiva já não terá mais função”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Inibitória da Vida Privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 223.

Ação que visasse a impedir o acesso aos estádios de futebol pelas violentas torcidas organizadas; outra que visasse a impedir a OAB de propagar adesivos para vidros de veículos com referências negativas a outras profissões; ação declaratória de validade genérica de uma cláusula padrão de certo contrato de adesão; ação proibitória da pesca de determinado crustáceo, movida contra a associação nacional dos pescadores profissionais; ação declaratória de que a indústria já tenha tomado as medidas úteis e possíveis para não mais poluir o ambiente (na cidade de Cubatão). A estes, podem acrescer-se, em matéria de trabalho, a ação declaratória de inexistência de certo direito, aplicável a outros trabalhadores ou contratos; para identificar a extensão e a interpretação de cláusula contratual ou de norma do regimento interno da empresa; para declarar lícito o desconto salarial imposto na cobertura de gastos com o plano de saúde, fornecido espontaneamente pelo empregador.¹¹⁶

Ainda que não se concorde com todas essas possibilidades,¹¹⁷ os exemplos servem para mostrar que, muito mais que uma digressão teórica acerca do direito de ação, a ação coletiva passiva é uma necessidade atual que requer o devido estudo e sistematização. Aqui e acolá, começam a surgir demandas desse tipo, e é necessário traçar os fundamentos e limites da ação em face de uma coletividade. É o que se passa a fazer.

¹¹⁶ FAVA, Marcos Neves. A classe no Pólo Passivo da Ação Coletiva. *Ação coletiva na visão de juízes de procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 90.

¹¹⁷ Afinal, deve-se sempre ter em conta a advertência de Antonio Gidi, para quem, “em princípio, a ação coletiva passiva não deve ser compreendida simplesmente como uma ação coletiva às avessas. Portanto, ela não deve ser utilizada por um potencial réu (em uma futura ação coletiva indenizatória por danos individuais) para obter uma sentença que declare que o seu produto não causou dano aos membros do grupo (sentença declaratória negativa de responsabilidade pelos danos). Na estrutura processual americana, isso não é uma ação coletiva passiva, mas uma ação coletiva ativa iniciada pelo réu. Não há interesse processual em propor tal demanda em forma coletiva contra todo o grupo. Não haveria nem mesmo como encontrar um representante adequado para tal ação coletiva. Se um grupo lesado quiser propor uma ação coletiva, ele a proporá no momento oportuno: não caberá ao réu antecipar-se ao grupo”. GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 392.

2. AS BASES DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Quando da análise dos fundamentos da ação coletiva passiva, defendeu-se a possibilidade de controle judicial sobre a representatividade adequada e a extensão dos efeitos da coisa julgada coletiva às *absent parties pro et contra*, como decorrência de um modelo de representação de interesses. Naquela oportunidade, afastaram-se os argumentos contra essas duas premissas, as quais são necessárias para que um legitimado coletivo seja demandado em juízo. Cabe, agora, ressaltar ainda uma série de fatos que atestam a existência da ação coletiva passiva *de lege lata*.

Em primeiro lugar, deve-se observar que demandar em face de uma coletividade não significa priorizar o interesse individual sobre o transindividual. Muitas vezes, um interesse coletivo entra em conflito com outro, e isso dá origem a uma ação duplamente coletiva. É o caso do exemplo anteriormente mencionado, sobre uma ação proposta em face de associação de pescadores, para impedir a pesca de determinado crustáceo durante seu período de reprodução. Como se não bastasse o direito fundamental de ação para embasar a possibilidade de se propor essa demanda, deve-se levar em conta a literal disposição do artigo 83 do CDC. Para a defesa dos interesses coletivos (*lato sensu*), são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Parece evidente, então, que, quando uma coletividade viola os interesses de outra classe, o próprio Código de Defesa do Consumidor já admite a possibilidade de se propor uma ação coletiva passiva.¹¹⁸

Em segundo lugar, certos incidentes processuais que têm natureza de ação provocam a alteração dos pólos. Acaso não se admita a ação coletiva passiva, “não seria possível explicar a ação rescisória de sentença proposta pelo réu da ação coletiva originária, o mandado de segurança contra ato judicial ou a ação cautelar incidental propostos pelo réu em ação coletiva e os embargos à execução coletiva – todas elas demandas coletivas passivas, já que o legitimado extraordinário coletivo estaria no pólo passivo da causa, defendendo, em nome próprio, direitos coletivos (*lato sensu*)”.¹¹⁹

É digno de nota também que as ações de controle concentrado de constitucionalidade, em rigor, podem ser consideradas ações duplamente coletivas.¹²⁰ De um lado, há o interesse difuso da coletividade em manter hígido o ordenamento jurídico, através da compatibilidade formal e material da norma com a Constituição. De outro, há o interesse do Estado, que editou a norma e goza de presunção de constitucionalidade. Como essas ações já foram há bastante tempo incorporadas pelo nosso Direito, podem servir como paradigmas para eventuais analogias.

Além disso, ainda que o CDC ou a LACP não se refiram especificamente à ação coletiva passiva, existe tal previsão na Circular nº

¹¹⁸ Apesar disso, é justamente com relação à ação duplamente coletiva que o CDC mais se mantém omissivo no que concerne à sistematização da coisa julgada. O problema será devidamente enfrentado adiante.

¹¹⁹ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, V.4 – Processo Coletivo. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 203.

¹²⁰ “Bem examinadas, as ações de controle concentrado de constitucionalidade são demandas coletivas. Em razão de sua natureza dúplice, apresentam-se como espécies de ação duplamente coletiva – embora não se possa falar, rigorosamente, que haja partes em sentido matéria nessas hipóteses. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, V.4 – Processo Coletivo. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 204.

2766/97, do Banco Central. Tal regulamento, que disciplina a constituição e o funcionamento dos grupos de consórcio, dispõe em seu artigo 4º que “o grupo é representado pela administradora ativa ou passivamente em juízo ou fora dele, para defesa dos direitos e interesses coletivamente considerados e para a execução do contrato de consórcio”.

Diante dessa previsão, não há como se refutar que já exista, no direito pátrio, a possibilidade de uma classe ser ré em ação coletiva.¹²¹

Por fim, deve-se ressaltar que as primeiras ações coletivas de que se tem notícia foram propostas justamente em face de coletividades, representadas por alguns de seus membros.

2.1. Histórico

Três fatos acontecidos durante a Idade Média, na Inglaterra, costumam ser indicados como pioneiros na história do processo coletivo.¹²²

Curiosamente, uma das primeiras ocorrências de ação coletiva de que se tem notícia envolve justamente uma coletividade representada no pólo passivo. Por volta do ano de 1199, o Pároco Martin, de Barkway, ajuizou ação na Corte Eclesiástica de Canterbury em face dos paroquianos de Nuthampstead. A ação buscava reconhecer o direito dos religiosos ao recebimento de certas oferendas, além de declarar a desnecessidade de

¹²¹ Ainda que seja discutível a constitucionalidade dessa previsão, já que matéria processual deve ser tratada por lei federal, o fato é que a Circular se encontra em plena vigência e aplicação.

¹²² Os três exemplos que se seguem são descritos por MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 43 e ss.

realização de missas diárias na Paróquia.¹²³ Apenas alguns aldeões representaram, no pólo passivo, todos os paroquianos de Nuthampstead.

Outro registro é do século seguinte, quando três cidadãos, em nome próprio e de todos os habitantes de Helpingham, ajuizaram ação em face das comunidades de Donington e Bykere. O pólo passivo foi ocupado por apenas alguns aldeões dessas duas comunidades, identificados como representantes dos demais. A ação visava a ordenar os habitantes de Bykere e Donington a auxiliar os moradores de Helpingham na reparação de diques locais. Percebe-se, pois, tratar-se de um embrião do que viriam a ser as atuais ações duplamente coletivas.

Nos mesmos moldes ocorreu o terceiro caso: uma ação proposta entre 1307 e 1326 por Emery Gegge e Robert Wawayn em nome próprio e de todos os demais pobres e médios burgueses de Scarborough, em face de todos os ricos burgueses da cidade, representados por Roger Cross, John Hughson e Warin Draper. Buscava-se reconhecer judicialmente que os cidadãos ricos estavam a explorar os demais.

É interessante notar que, em nenhum desses três casos, houve qualquer questionamento acerca de legitimidade, representação, extensão do julgado às *absent parties* ou quaisquer outras questões processuais. Para Castro Mendes, “a aceitação espontânea da respectiva representação ou legitimação extraordinária, durante a Idade Medieval, é a característica constante e básica desse período. As ações de grupo não eram objeto de

¹²³ “O objeto da demanda é um pouco obscuro, tendo em vista que o único documento que sobreviveu aos efeitos do tempo foi o termo do depoimento das testemunhas indicadas pelas partes. Pode-se concluir, ainda assim, que a ação versava sobre os direitos a certas oferendas religiosas e à necessidade de se colocar diariamente um pastor para celebrar missas, casamentos, batismos etc. na capela de Nuthampstead, recém adjudicada à paróquia de Barkway”. MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da Ação Coletiva Passiva*. 2006. (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito, UERJ, p. 23.

discussão, justificação ou teorização, razão pela qual se pode dizer que o emprego e admissibilidade das mesmas eram realizados de modo inconsciente”.¹²⁴

Essa tranqüila aceitação da legitimação coletiva, ativa e passiva, é explicada por Diogo Maia com base em dois fatores: a concepção medieval de indivíduo e a carência de estudos, nessa época, acerca do direito processual: “a pessoa, como unidade autônoma e independente, não era compreendida na sociedade medievá, que a confundia com a figura da *comunidade* em que estava inserida. É de se ressaltar também, que a aparição das primeiras ações coletivas é datada do século XII, época da *escola dos glosadores* de Bolonha, quando não havia teses sobre pressupostos processuais, condições da ação, etc., teorias que só foram estabelecidas a partir do século XIX”.¹²⁵

O desenvolvimento dessas noções, que foram essenciais para o nascimento do Processo como ciência, mas que atravancaram o crescimento do processo coletivo, tem sido devidamente adaptado às necessidades de uma sociedade de massa.¹²⁶ Os conceitos de legitimação autônoma e representação adequada cuidaram de afastar as barreiras decorrentes da concepção individualista de legitimação ordinária. Outras dificuldades, entretanto, ainda põem dúvidas sobre aqueles que tentam manejar uma ação coletiva passiva. O passo seguinte, portanto, é tentar esclarecer eventuais

¹²⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, pp. 44 e 45.

¹²⁵ MAIA, Diogo Campos Medina. A Ação Coletiva Passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 324.

¹²⁶ “Assim, é preciso que a análise das condições da ação e pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo coletivo seja levada a termo de acordo com as perspectivas e aspirações da tutela coletiva, profundamente diferentes daquelas observadas nas demandas individuais, sob pena de se transformar a festejada *instrumentalidade do processo* em belo discurso jurídico, confinado, todavia, às obras doutrinárias”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 155.

peculiaridades de se demandar, com base no ordenamento vigente no Brasil, em face de uma coletividade.

3. UMA PROPOSTA *DE LEGE LATA*¹²⁷

3.1. Propositura da ação

A primeira dificuldade a ser vencida, quando da propositura de uma ação coletiva passiva, é a legitimidade passiva *ad causam*. Contra quem se poderá intentar a ação? Quem será o representante da coletividade?

Uma vez admitido o controle judicial sobre a representatividade adequada,¹²⁸ a questão não demanda maiores problemas. Em regra, qualquer coletividade organizada poderá ser ré, desde que o legitimado, previsto pela legislação, exerça adequadamente o seu papel de representante. Para garantir sua correta atuação, ele será fiscalizado pelo Ministério Público, pelo juiz e pelo próprio autor, que tem interesse em evitar futuras impugnações a uma eventual sentença favorável a si.

Algumas peculiaridades, no entanto, merecem exame mais aprofundado. Uma delas é a capacidade do Ministério Público para figurar no pólo passivo.

¹²⁷ Deve-se observar que a viabilidade desta proposta depende em muito do método interpretativo a ser adotado na compreensão da legislação em vigor. É importante, por isso, ter sempre em mente que “o emprego da interpretação sistemática, da técnica processual brasileira, necessariamente derivada de uma atenta leitura do princípio constitucional da efetividade e inafastabilidade da prestação jurisdicional visando à proteção de direitos individuais, coletivos e difusos, acrescida de um mínimo de sensibilidade social e preparo técnico do aplicador do Direito, por si só já seria o suficiente para oxigenar a revolução paradigmática do processo civil, deflagrada precisamente pela conjugação das leis que o Anteprojeto pretende revogar”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, pp. 39-40.

¹²⁸ “Em outra parte deste estudo, mencionei que o nosso sistema não é, apenas porque o legislador o desejou, um sistema puro de aferição de representatividade *ope legis*. Disse, rapidamente, que esse sistema não funciona tal e qual idealizado e, portanto, não pode subsistir. Vou reafirmá-lo, agora. No Brasil, na melhor das hipóteses, temos um sistema ‘misto’: partimos de um rol de legitimados apresentados pelo legislador, mas o Judiciário faz sim (e deve mesmo realizá-lo) o controle da representação adequada. A jurisprudência, repito, destinada à análise da legitimação do Ministério Público o confirma de forma contundente e inquestionável. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action* brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 315.

3.1.1. O Ministério Público como réu

Dentre os legitimados do art. 82 do CDC, o Ministério Público, assim como os demais órgãos¹²⁹ lá legitimados ativamente, não poderá ser réu em ação coletiva. Isso se justifica pela falta de personalidade jurídica da instituição.¹³⁰ A lei lhe outorga capacidade postulatória, mas, enquanto órgão estatal, não detém personalidade jurídica e, por isso, não pode ser demandado.

Essa impossibilidade, contudo, é mitigada pelo próprio Código de Processo Civil, que prevê hipóteses em que o órgão poderá efetuar a defesa da coletividade. Para Hugo Nigro Mazzilli,

nada impede seja o Ministério Público citado como réu em ação civil, (...) nos casos em que a lei lhe dê capacidade postulatória para, como parte pública, responder ao pedido do autor, como já ocorre nas ações de usucapião, nas ações rescisórias, nos embargos à execução opostos pelo executado em execução por título extrajudicial movida pela instituição, ou em quaisquer outros casos em que a lei lhe confira legitimidade extraordinária para, em nome próprio, defender direitos de terceiros.¹³¹

Percebe-se, assim, que o Ministério Público não é um “legitimado coletivo passivo ordinário”, mas eventualmente pode sim ser demandado enquanto representante de uma coletividade. Isso ocorre nas hipóteses de

¹²⁹ “Como visto, os órgãos não têm personalidade jurídica. Desta forma, os termos ‘autarquia’ e ‘entidade’ não são sinônimos de ‘órgão’. Este é um ente despersonalizado, sem vontade própria, submisso à vontade do Estado, em nome de quem o Estado atua”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

¹³⁰ Hugo Nigro Mazzilli, embora tratando de tema diverso, bem resume os motivos da impossibilidade de o Ministério Público ser demandado: “Como órgão do Estado, embora tenha o Ministério Público capacidade postulatória, não tem personalidade jurídica: assim, a instituição não tem legitimação para suportar no pólo passivo eventuais ações de responsabilidade por danos que seus agentes causem a terceiros. Nesse caso, sendo o Ministério Público um dos órgãos originários do Estado, este é que responderá por eventuais danos que os agentes ministeriais, nessa qualidade, possam eventualmente causar a terceiros”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100.

¹³¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100.

ações coletivas passivas incidentes: ação rescisória e cautelar incidental, quando ajuizadas pelo réu da ação coletiva originária; embargos do executado e de terceiro, em execução coletiva.

Exclui-se, desde logo, a possibilidade de se ofertar reconvenção e ação declaratória incidental em face do Ministério Público, visto que o réu dessas ações deve possuir legitimidade passiva do mesmo modo como se fosse réu numa ação coletiva passiva originária.¹³²

Fora das hipóteses em que se reconheça ao Ministério Público capacidade postulatória para defender uma coletividade,¹³³ deve a ação ser direcionada a outro legitimado coletivo.

3.1.2. Demanda em face de coletividade representada por ente não-legitimado

Percebe-se, com base nessa argumentação, que o direito positivo vigente não autoriza que uma coletividade seja representada por um ente desprovido de personalidade jurídica. Como defendido anteriormente, o representante deverá constar do rol de legitimados e suportar a constante aferição de sua adequação. Isso exclui a possibilidade de se demandar, por exemplo, contra movimentos sociais que não tenham existência jurídica.

Apesar de essa ser uma necessidade premente, e que vem sendo contornada na prática pela jurisprudência, ainda não há fundamento

¹³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 44 e 92-93.

¹³³ O Anteprojeto de Código de Processos Coletivos elaborado pela Professora Ada Pellegrini Grinover expressamente prevê, em seu art. 38, § único, que nem o Ministério Público, tampouco os demais órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa poderão ser considerados representantes adequados da coletividade no pólo passivo, ressalvadas as entidades sindicais.

legal que resolva o problema. Ainda não se pode conceber, com base no atual ordenamento, que uma coletividade seja representada por entes que não os elencados no artigo 82 do CDC. A proposta que aqui é feita *de lege lata* tampouco dá conta da questão, que só poderá ser devidamente resolvida a partir de alteração legislativa.¹³⁴ Atentos à insuficiência do sistema em vigor, os Anteprojeto de Código de Processos Coletivos buscam vencer a dificuldade.

O Anteprojeto coordenado pela Professora Ada Pellegrini Grinover prevê, em seu artigo 38, que “qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 20, I, *a*, *b* e *c*), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.”¹³⁵

O Anteprojeto coordenado pelo Professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, apesar de não fazer expressa menção às coletividades desprovidas de personalidade jurídica, transmite a mesma idéia em seu artigo 42: “qualquer espécie de ação poderá ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do § 1º do art. 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º) e se revista de interesse social”. Da análise do dispositivo, pode-se concluir que “coletividade organizada” seria aquela detentora de personalidade jurídica, e “coletividade com representante adequado” seria aquela que, ainda que

¹³⁴ “As ações coletivas não representam, por certo, uma espécie de *tábua de salvação* do sistema jurisdicional brasileiro, nem a via de solução para toda sorte de conflitos sociais – ilusão, esta, na qual se tem recaído por vezes, gerando exageros fartamente explorados pelos que desejam restringi-las ou amesquinhá-las”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 23.

¹³⁵ Deve-se novamente atentar para o fato de que tanto esse Anteprojeto quanto aquele coordenado pelo Professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes permitem que uma coletividade seja representada por indivíduos (os diplomas utilizam o termo “pessoas físicas”). As vantagens e dificuldades decorrentes desse modelo, importado do direito norte-americano, fogem ao escopo do presente trabalho.

desprovida de personalidade jurídica, seria capaz de se defender adequadamente em juízo.

O Anteprojeto de autoria do Professor Antonio Gidi, por sua vez, em seu artigo 28 e subdivisões, estabelece que “a ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue”, e que, “se não houver associação que congregue os membros do grupo-réu, a ação coletiva passiva poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo”.

Percebe-se, então, que a impossibilidade de se demandar em face de grupo sem legitimado que o represente não é um problema sem solução.¹³⁶ Contudo, essa dificuldade somente será superada *de lege ferenda*. As normas vigentes desautorizam que ente não-legitimado represente uma coletividade. A proposta aqui defendida para configuração da ação coletiva passiva sem alteração legal não dá conta de incluir os entes despersonalizados. A representatividade adequada, atualmente, não é elemento capaz de, por si só, fundamentar a atuação de um representante não-legitimado em juízo.

3.2. Interrupção da Prescrição

¹³⁶ Diogo Maia elaborou interessante raciocínio para abarcar os grupos sem personalidade no conceito de associação, de modo a permitir a jurisdicionalização de seus conflitos. A idéia central seria enquadrá-los como associações de fato, permitindo assim que fossem representados em juízo. Entretanto, como a construção se utiliza não de elementos processuais, mas de conceitos inerentes ao Direito Comercial, extravasaria os escopos deste trabalho reproduzir e analisar criticamente a argumentação do autor. Sobre o tema, v. MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da Ação Coletiva Passiva*. 2006. (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito, UERJ, pp. 158-173.

A dificuldade decorrente da interrupção da prescrição em ações coletivas passivas foi pela primeira vez percebida por Pedro Dinamarco: “*en cuanto a la interrupción de la prescripción por el enjuiciamiento de la acción colectiva pasiva, parece que no existen elementos claros para llegar a una respuesta segura con respecto a la aplicabilidad del art. 17 [do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América]*”.¹³⁷

Sabe-se que a propositura de ação coletiva ativa interrompe a prescrição das pretensões individuais de todos os membros do grupo. Nesse sentido, a classe é beneficiada com a judicialização do conflito: o representado pode aguardar o resultado da demanda para só então, se for o caso, propor a ação individual. O réu, por sua vez, ciente de que a prescrição das ações individuais contra si está interrompida, tomará o cuidado de guardar quaisquer provas e informações para serem utilizadas em eventuais processos futuros.

Numa ação coletiva passiva, há um complicador. “Se os membros ausentes não forem notificados da propositura da ação antes da extinção do prazo original da prescrição, eles não poderão ter conhecimento da sua interrupção e podem ser surpreendidos no futuro com a execução da sentença condenatória coletiva, quando talvez já não disponham mais das provas necessárias para levantar as eventuais defesas individuais não avaliadas na sentença coletiva”.¹³⁸

O cerne da questão se encontra no conflito entre o direito à informação (como corolário do devido processo legal) e o direito de acesso à justiça (pois a notificação individual de todos os membros do grupo-réu pode

¹³⁷ DINAMARCO, Pedro. Las acciones colectivas pasivas em el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Editorial Porrúa, 2004, p. 139.

¹³⁸ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 412.

inviabilizar o exercício do direito de ação). No direito norte-americano, Antonio Gidi demonstra preocupação com a *fair notice*. A solução por ele proposta passa, necessariamente, pela notificação individual dos membros da classe.¹³⁹

Há, no direito brasileiro, uma saída para esse problema que não envolve a obrigatoriedade de utilização do indesejável instituto.¹⁴⁰ Quando se tem por premissa que o legitimado coletivo representa os interesses do grupo, não é necessário notificar cada um de seus membros.

Deve-se primeiramente atentar para o fato de que a interrupção da prescrição só se torna um problema quando há interesses individuais homogêneos representados no pólo passivo. Afinal, somente essa categoria de interesses permitirá futura execução individual.

O artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor determina a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do

¹³⁹ “Principalmente nos casos em que a ação coletiva é proposta pouco tempo antes da prescrição, seria importante que o juiz usasse o poder discricionário atribuído pela *Rule 23* (d)(2) para determinar que os membros ausentes do grupo-réu sejam notificados sobre a propositura de uma *defendant class action*, de forma que o membro ausente possa ter ciência do litígio o mais prontamente possível, ainda que um pouco depois da passagem do prazo prescricional original. Tal notificação inclusive reforça o poder da sentença coletiva já que diminui a probabilidade de que os ausentes possam atacar a sua legalidade em ação posterior através do *collateral attack*”. GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 413. A proposta contida em seu Código Modelo, entretanto, é mais flexível, e mais próxima da idéia aqui defendida, quando diz em seu art. 5.7 que “o juiz poderá reduzir ou dispensar a notificação individual dos membros do grupo, se ela for desproporcionalmente custosa ou se a propositura da ação coletiva tiver obtido notoriedade adequada”.

¹⁴⁰ Indesejável principalmente por causa dos custos que impinge ao processo judicial – custos esses freqüentemente questionados pela doutrina norte-americana. “No importante caso *Eisen vs Carlisle & Jacquelin*, decidido na metade dos anos 70, a notificação individual teve um custo estimado de cerca de US\$ 225,000,00 (duzentos e vinte e cinco mil dólares). Tal caso envolvia um esquema de fixação de preços entre os corretores da Bolsa de Valores que negociavam o que se costuma chamar, na indústria, lotes incompletos – vendas de lotes em ações inferiores a uma centena. Os custos consistiam no envio da notificação, por serviço do correio de primeira classe, para cerca de 2.250.000 pessoas que compraram menos de dez ações dos corretores em determinado período de tempo. Em contraste, o custo da notificação coletiva foi estimado em pouco mais de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares). Ela consistia em anúncios nos principais jornais e na notificação, via correio de primeira classe, dos grandes e médios investidores do mercado e de 5.000 pequenos investidores do grupo de 2.250.000, escolhidos aleatoriamente”. FISS, Owen. *Um novo Processo Civil*. São Paulo: RT, 2004, pp. 242-243.

consumidor. Essa forma de publicidade se assemelha em muito à notificação coletiva do direito norte-americano.

É preciso ter em mente ainda que, em se tratando de ação coletiva passiva em face de direitos individuais homogêneos, em geral os grupos representados serão bem menores que aqueles representados ativamente.¹⁴¹ Nesse sentido, é muito mais fácil ao representante dar publicidade ao litígio. Assim, ainda que não lhe seja obrigatório promover notificações individuais, é de seu interesse que o maior número de representados saiba de sua atuação. E isso ocorre por dois motivos: para que os membros do grupo-réu levem a ele o maior número de provas e argumentos a serem utilizados na defesa; e para que outros legitimados coletivos o auxiliem na defesa da classe (atuando ou não como litisconsortes), dividindo assim as despesas inerentes ao processo.

Por esses motivos, não é necessário obrigar o representante a promover notificações individuais. O artigo 94 do CDC, aliado às peculiaridades de uma ação em face de interesses individuais homogêneos, garante de forma satisfatória o direito dos membros da classe à informação.¹⁴²

Conclui-se, assim, que, “em face do devido processo legal, a prescrição é interrompida somente em face daqueles membros do grupo-réu que forem efetivamente notificados sobre a propositura da ação coletiva, seja

¹⁴¹ Nos Estados Unidos, “exatamente porque os grupos-réus nas *defendant class actions* são substancialmente menores do que os grupos-autores nas *plaintiff class actions*, o requerimento da impraticabilidade do litisconsórcio é aplicado com mais flexibilidade pelos tribunais”. GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 396.

¹⁴² Não se desconhece, no entanto, o constante descumprimento dessa norma. Elton Venturi, que aborda o problema em seu *Processo Civil Coletivo* (pp.395-399), conclui que “não pode ser atribuída à falta de regulação legal a insuficiente divulgação das ações coletivas, mas sim à conjugação de despreparo e de omissão dos operadores da tutela coletiva no Brasil”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 397. Com efeito, o reiterado desrespeito à proposição prescritiva do artigo 94 do CDC constitui um dos mais sérios obstáculos a uma ação coletiva passiva respeitadora do devido processo legal. Contudo, como o problema é extrajurídico, infelizmente transbordaria os limites deste estudo o aprofundamento do tema. Por tal razão, remete-se o leitor às páginas da obra citada.

através de notificação pessoal ou não: o que importa é que tenham conhecimento efetivo da existência da ação”.¹⁴³

3.3. Controle judicial da representação adequada

Uma vez proposta a ação e interrompido o prazo prescricional, deve o juiz, a teor do artigo 13 do CPC, aferir se o réu indicado realmente é capaz de exercer adequadamente o *munus* que lhe foi atribuído.

Como a nossa atual legislação não prevê amplos critérios para se efetuar esse controle, fica prejudicada uma avaliação rigorosa, nos moldes da *certification* do direito norte-americano. Mas isso não significa que o juiz fique preso aos parcos e formalistas requisitos da constituição ânua e pertinência temática das associações.¹⁴⁴ É “imprescindível, outrossim, a revisitação do papel do juiz na aferição da idoneidade do representante da classe”.¹⁴⁵

Se a lei ordinária, mais que permitir, manda ao juiz que verifique a “regularidade da representação” das partes, não pode ele ficar de braços cruzados, esperando a positivação de critérios que o permitam controlar a representação adequada do legitimado coletivo.¹⁴⁶ O princípio do devido

¹⁴³ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, pp. 413-414.

¹⁴⁴ “Sabe-se que esses critérios são insuficientes. Não há a menor dificuldade em se cumprir esse ‘compromisso cartorial’. Funda-se uma associação com pouquíssimos recursos e, bastando que se faça seu registro na forma estipulada em lei, obtém-se, um ano depois, o ‘título’ de representante adequada. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action Brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”*. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 319.

¹⁴⁵ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2003, p. 203.

¹⁴⁶ Para Elton Venturi, “na medida em que o sistema processual brasileiro hoje disponibiliza não só a via individual, mas também a via coletiva, com o escopo de atuação dos direitos fundamentais, o acesso à justiça passa a ser garantido pela conjugação de ambas, na forma legalmente prevista, não sendo admissíveis, sob a ótica constitucional, restrições legislativas ou judiciais ao pleno desenvolvimento desse sistema”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 137. Disso se

processo legal, que ilumina a constante avaliação da atuação do representante, deve ser concretizado de modo que a conduta do legitimado coletivo não vincule toda a classe injustamente.

Esse controle pode e deve ser aberto, independente de parâmetros que somente permitam avaliar formalmente a adequação do representante. Não se deve incidir no erro de estabelecer critérios que presumam essa adequação. A aferição deve ser real, deve ocorrer no caso concreto, a partir da atuação do representante.

À mesma conclusão chega Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem “é útil considerar que os pressupostos (positivos e negativos) de validade de uma relação processual devem ser aferidos *in concreto*, em face de um caso pendente, até porque de outro modo ter-se-ia que admitir a possibilidade de meras *consultas* ao Judiciário”.¹⁴⁷

A falta de critérios legais impede que se negue liminarmente direito de ação a um legitimado com base em suas atuações passadas ou em seu histórico na defesa dos interesses difusos e coletivos. Para deslegitimar um representante, somente a sua atuação no processo em curso poderá ser analisada. Por outro lado, é possível que esses mesmos parâmetros legitimem positivamente a sua conduta.

Assim, mesmo diante da ausência de norma definidora do que seja um representante adequado, pode e deve o juiz efetuar esse controle. Para isso, deverá analisar, diante do caso concreto, a qualidade da defesa dos

desume que, se a falta de norma torna inviável o exercício de um direito fundamental – no caso, o direito de ação e o devido processo legal –, então é dever do juiz suprir essa deficiência, com base nos instrumentos à sua disposição para tanto.

¹⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2007, p. 271.

interesses da classe.¹⁴⁸ O representante deverá demonstrar comprometimento com a causa, motivação e vigor na condução do feito, capacidade financeira, conhecimento do litígio, honestidade, combatividade, dentre outras noções que, ainda que fossem positivadas, deixariam a cargo do magistrado a integração de seu conteúdo. Afinal, não há como deixar de recorrer a conceitos abertos quando se trata de representação adequada. Daí por que se propõe a revisitação do papel do juiz em sede de tutela coletiva.

3.4. Provas e Coisa Julgada

A atividade probatória possui tanta importância em ações coletivas, que mereceu tratamento dinâmico no Código de Defesa do Consumidor. Interfere até mesmo na extensão da coisa julgada a terceiros – a chamada extensão *secundum eventum litis*. Por esse motivo, ao invés de se abordar o tema da coisa julgada após o capítulo dedicado à sentença, como seria esperado, opta-se por fazê-lo já, em conjunto com o estudo da atividade probatória.

Em sede de ação coletiva ativa, a sentença de improcedência por falta de provas impede a formação de coisa julgada.¹⁴⁹ Significa isso dizer que, em Direito Processual Coletivo, uma eventual improcedência por falta de

¹⁴⁸ “A representação adequada é condição que se conquista. Essa conquista surge de atividade diuturna. Essa qualidade não pode decorrer do que está escrito num ‘contrato’ de formação de uma pessoa jurídica de direito privado”. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action* Brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 319.

¹⁴⁹ O regime de coisa julgada para direitos individuais homogêneos, nas ações coletivas ativas, é ainda mais protetivo. Nesse caso, a sentença de improcedência nunca vinculará os representados, quaisquer que sejam seus motivos.

provas não obstará a repropositura da mesma ação, pelo mesmo legitimado coletivo e com base na mesma causa de pedir.¹⁵⁰

Essa regra, que visivelmente busca proteger os direitos transindividuais, demanda algumas reflexões quando aplicada a uma ação coletiva passiva.

Nas palavras de José Marcelo Menezes Vigliar, “tratando-se das ‘ações coletivas passivas’, o tema ganha expressão, porque, diversamente das ‘ações coletivas ativas’, o representante adequado haverá de se desincumbir de uma garantia constitucional da mais absoluta relevância: realizar a defesa (ampla defesa – ‘com todos os meios e recursos a ela inerentes’) da coletividade”.¹⁵¹

Diante dos dispositivos legais em vigor, deve-se diferenciar, para essa análise, a hipótese de ação coletiva passiva proposta por autor individual da hipótese de ação coletiva passiva proposta por autor coletivo (ação duplamente coletiva).

3.4.1. *Pedido individual formulado contra a classe*

¹⁵⁰ Assim dispõe o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

¹⁵¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action Brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”*. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 318.

No primeiro caso, tem-se regra exatamente inversa àquela insculpida no artigo 103 do CDC e acima resumida. Acerca do regime da coisa julgada nessas ações, duas opiniões merecem destaque.

Segundo Ada Pellegrini Grinover,

Em caso de ação individual movida contra a classe ré, em se tratando de interesses difusos ou coletivos, bastará inverter a previsão legal do art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor (e art. 16 da Lei da Ação Civil Pública), de modo que a sentença de procedência contra a classe, em que o juiz reconheça a insuficiência da *defesa coletiva*, não faça coisa julgada, podendo o autor intentar a mesma ação contra a classe, 'representada' por outro legitimado, para que este renove a defesa.¹⁵²

Para a ilustre Professora, caso a ação individual em face de direito transindividual seja julgada improcedente, haverá formação de coisa julgada normalmente. Esse raciocínio, de fato, é impecável. Se, em ação coletiva ativa, o pedido do autor coletivo é julgado procedente, ele transita em julgado sem quaisquer peculiaridades. Logo, na improcedência de pedido individual em face da coletividade, deve também a sentença passar em julgado, beneficiando toda a classe.

No caso de procedência do pedido individual, entretanto, alguns esclarecimentos se fazem necessários. A simples menção a um reconhecimento judicial de "suficiência da defesa coletiva" não parece suficiente para explicar a relação dinâmica entre atividade probatória e formação de coisa julgada.

Numa ação coletiva iniciada pelo grupo, a insuficiência de provas¹⁵³ impede a formação de coisa julgada. Isso significa que não há distribuição de ônus da prova (aqui compreendido como regra de julgamento):

¹⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, v. 361, mai./jun. 2002, p. 8.

¹⁵³ O conceito de insuficiência probatória será analisado no item 3.5, referente à sentença.

em havendo um *non liquet*, ainda que não expressamente declarado pelo juiz, a causa permanecerá aberta à rediscussão.

Quando o grupo assume o pólo passivo da ação, esse sistema dá lugar a um peculiar sistema de distribuição do ônus probatório, em que o encargo de produzir provas aptas a formar o convencimento judicial é todo colocado sobre o autor individual.

Nesse sentido, parece ser lícito afirmar que, em caso de procedência,¹⁵⁴ além de a conduta do réu passar pelo crivo da aferição de representação adequada, a atividade probatória do autor deverá ser suficientemente robusta, vez que somente sobre ele recairá o ônus da prova. Mantém-se, assim, a regra da formação de coisa julgada *secundum eventum litis* devidamente amoldada às necessidades da ação coletiva passiva.

Essa solução, no entanto, vale apenas para o caso em que direitos transindividuais sejam defendidos. Somente os direitos difusos e coletivos têm a formação de coisa julgada temperada pelo resultado da prova obtida nos autos.

Quando direitos individuais homogêneos forem defendidos em juízo, a simples inversão da regra do artigo 103, III, do CDC, não é suficiente. Aplicar essa regra de forma invertida significaria que somente a sentença de improcedência contra a classe transitaria em julgado. A sentença de procedência jamais vincularia qualquer membro.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Não há que se falar, aqui, em vinculação dos membros do grupo pela sentença de procedência, pois os direitos difusos e coletivos são por natureza concernentes a sujeitos indeterminados (ainda que determináveis, no caso dos interesses coletivos).

¹⁵⁵ E essa é, de fato, a hipótese defendida por Ada Pellegrini Grinover: “por sua vez, na ação individual movida contra a classe ré, em que o litígio envolva direitos individuais homogêneos, bastaria ao juiz inverter o disposto no art. 103, III e § 2º, de modo que a sentença favorável (e nunca a desfavorável) não impedisse o ajuizamento de ações individuais, por qualquer membro da classe, para contrastar a pretensão do autor vencedor. Desse modo, a coisa julgada continuaria operando só *in utilibus*, para beneficiar e não para prejudicar os membros da classe”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações

Defender esse caminho seria retirar da ação coletiva passiva qualquer traço de utilidade para o autor individual. Quem, em sã consciência, proporia uma ação que só transitará em julgado contra seus próprios interesses? Quem proporia uma ação que, no máximo, não vai lhe prejudicar, mas que em hipótese alguma lhe beneficiará?

Obter uma declaração judicial que não pode ser oposta contra ninguém significa ter contra si negado o direito não só à tutela jurisdicional, mas é a própria negação dos princípios constitucionais da certeza do direito¹⁵⁶ e da segurança jurídica.¹⁵⁷ De nada adianta o juiz declarar que o autor tem um direito, quando essa declaração não for oponível a outras pessoas. Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso, citado acima, isso equivaleria a uma consulta judicial.

Devido à inutilidade decorrente da simples inversão do disposto no art. 103, III, deve-se buscar no ordenamento outra regra de aplicação da

coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, v. 361, mai./jun. 2002, p. 8.

¹⁵⁶ “A certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do *dever-ser*, é ínsita ao deôntico, sendo incompatível imaginá-la sem determinação específica. Na sentença de um magistrado, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declarasse, como exemplifica Lourival Vilanova, que *A possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu*. Não é sentenciar, diz o mestre, ou estatuir, com pretensão de validade, o *certum* no conflito de condutas”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.157. Na medida em que a sentença de procedência contra a coletividade não vincula os indivíduos integrantes da classe, o que se tem é uma declaração de que o autor tem um direito contra todos esses indivíduos, mas essa declaração não é oponível a ninguém. Não existe certeza do direito. É como se o juiz declarasse que o autor *pode* ter razão, eis que sua declaração não vinculará qualquer futuro julgamento sobre a causa.

¹⁵⁷ O princípio da segurança jurídica é “dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.158. Uma vez que a sentença de procedência não vincule ninguém, não se poderá tomá-la como parâmetro para comportamentos futuros. A mesma matéria será rediscutida em tantos processos quantos forem os membros da classe, com a mais ampla margem para sentenças contraditórias. Consegue-se eliminar, assim, qualquer benefício decorrente do tratamento coletivo de direitos individuais.

coisa julgada.¹⁵⁸ E o fundamento para isso deve ser albergado pelo ordenamento vigente, visto tratar-se de uma proposta *de lege lata*.

A solução que se propõe é uma simples mudança de enfoque, tal qual exposto na primeira parte deste trabalho: ao invés de se pensar no legitimado coletivo como um representante do grupo, deve-se encará-lo como um representante dos *interesses* do grupo. Nesse sentido, caso tais interesses sejam adequadamente representados, nada obsta que a sentença transite em julgado e seus efeitos sejam expandidos à esfera individual.

Devido à expressa disposição legal, a vinculação dos indivíduos à sentença coletiva – o que é um efeito natural, consequência lógica da concepção da representação de interesses – não pode ocorrer nas hipóteses de ação coletiva ativa. Tampouco pode ocorrer nos casos de pedido individual formulado em face de interesses coletivos ou difusos, eis que nesses dois casos é perfeitamente aplicável a legislação em vigor, desde que invertida.

¹⁵⁸ “Desta forma, mesmo que sob o ponto de vista normativo-procedimental ainda não se possa caracterizar os processos coletivos como exemplos de tutela jurisdicional diferenciada, ao menos segundo os critérios apontados por Proto Pisani, de pronto já é possível, mediante imprescindível sensibilidade do magistrado, deferir-se-lhes um tratamento diferenciado, abandonando-se ou flexibilizando-se a rigidez e a formalidade habitualmente empregadas para a efetiva proteção dos direitos individuais e sociais fundamentais.

Na verdade, conforme preconiza Marinoni, não é indispensável (muito embora fosse inegavelmente importante) que a lei expressamente empreste tratamento procedimental diferenciado a determinadas pretensões substanciais, uma vez que, diante do princípio constitucional da efetividade da prestação jurisdicional, compete ao magistrado, antes de tudo, conformar o procedimento à finalidade última de efetivação concreta da tutela jurisdicional buscada através da ação: ‘O que falta, porém, é atentar para que, se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer. Isso por uma razão muito simples: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-juiz. Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita. Como consequência disso, há que se entender que o cidadão não tem simples direito à técnica processual evidenciada na lei, mas sim direito a um determinado comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos. Como é óbvio, não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*, pp. 224-225, *apud* VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 142-143.

Quando se trata, contudo, de pedido individual formulado em face de direitos individuais homogêneos, a sistematização do CDC não dá conta da hipótese, e acaba por violar princípios constitucionais expressos e implícitos, tais como a inafastabilidade da tutela jurisdicional, a segurança jurídica e a certeza do direito. Por isso, pode-se buscar outra norma, para suprir a lacuna existente. E a proposta que se apresenta impõe uma simples mudança de perspectiva,¹⁵⁹ de modo que a regra de operação da coisa julgada passa a decorrer da própria lógica do sistema processual coletivo, e não mais de dispositivo de lei.

3.4.2. *Pedido coletivo formulado contra a classe*

A questão, aqui, exige menor esforço. Apesar de o Código de Defesa do Consumidor ter se omitido quanto à ação duplamente coletiva, seu regramento pode ser compreendido de maneira relativamente simples.

Novamente diante de uma lacuna legislativa, deve-se buscar fundamento condizente com o atual ordenamento, para sistematizar a coisa julgada em ações duplamente coletivas.

Como se estará diante de direitos da mesma natureza (direitos transindividuais ou, ao menos, tratados como tais), não se justifica qualquer mitigação à sistemática tradicional da coisa julgada. Não há fundamento para

¹⁵⁹ “O contexto extratexto é histórico, o que vale dizer que não é estático, mas dinâmico, porque evolui. É este evoluir que imprime mutações constitucionais ao longo do tempo; ou seja, é ele que ocasiona mudanças constitucionais semânticas (mudança de sentido) sem alteração formal de seu texto – o que prova mais uma vez que a norma não se confunde com o texto”. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18. Embora trate de hermenêutica constitucional, o excerto é plenamente aplicável à interpretação infraconstitucional: diante da necessidade de judicialização dos conflitos em face de grupos, a norma regente da coisa julgada coletiva deve ser interpretada em harmonia com o contexto social, de modo a dar a maior eficácia e segurança jurídica às relações determinadas pela sentença coletiva passiva.

se promover qualquer espécie de desequiparação. Por tal razão, a coisa julgada operará normalmente, desvinculada da atividade probatória das partes.

Tal solução foi proposta originalmente por Ada Pellegrini Grinover,¹⁶⁰ e integralmente aceita por Diogo Maia nos seguintes termos:

Nesta hipótese, ainda que o autor esteja defendendo direitos homogeneamente lesionados, estará defendendo-os com a mesma natureza dos direitos defendidos pelo réu coletivo, isto é, a supra-individualidade. Desta forma, pelo enfrentamento recíproco de direitos de natureza coletiva, não há falar em restrições à formação da coisa julgada.

Assim sendo, concordamos integralmente com a solução sugerida pela professora GRINOVER, que defende a formação da coisa julgada *erga omnes* tanto em caso de acolhimento quanto em caso de rejeição do pedido.¹⁶¹

Aqui, novamente, cabe ressaltar: como o CDC é omissivo quanto ao modo de funcionamento da ação duplamente coletiva, não há qualquer impedimento para que a sentença vincule também os representados. Basta que se encare a representação como de interesses, e não de pessoas.

3.5. Sentença

Na linha de pensamento que se vem desenvolvendo, permanece uma questão: se a sentença que julga procedente pedido individual formulado contra interesse transindividual depende de que o réu coletivo se desincumba de seu dever de promover a ampla defesa da classe, como aferir se isso

¹⁶⁰ “E quando na ação figurassem classes litigando em posições contrapostas, tanto no pólo ativo como no passivo? Aqui parece que o tratamento dispensado às classes deveria ser totalmente igualitário, não havendo justificativas para privilegiar a posição de uma em relação à outra. E talvez a solução pudesse ser a da coisa julgada *erga omnes*, seja em caso de acolhimento como de rejeição do pedido, sem qualquer temperamento, firme restando o controle do juiz sobre a representatividade adequada para garantia da correção do procedimento processual das partes”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, v. 361, mai./jun. 2002, p. 9.

¹⁶¹ MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da Ação Coletiva Passiva*. 2006. (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito, UERJ, p. 187.

efetivamente ocorreu? Deve o juiz declarar expressamente na sentença a adequada atividade probatória do legitimado coletivo?

Ora, a suficiência ou insuficiência de provas deve ser aferida materialmente diante do caso concreto. Uma declaração judicial acerca da suficiência de provas não faz da sentença um ato mais resistente a futuras impugnações. Caso outro legitimado coletivo tenha acesso a provas capazes de alterar o resultado do julgamento em favor da coletividade, a mera afirmação do juiz de que a atividade do legitimado anterior foi suficiente não afasta a possibilidade de reabertura do caso.¹⁶²

Antonio Gidi, tratando de hipótese equivalente – a improcedência da ação coletiva ativa por insuficiência de provas – assim se posiciona:

Em inúmeros casos em que o magistrado diz expressamente ser infundada a pretensão, na verdade, o que ocorreu foi uma incompetente (voluntária ou involuntariamente) instrução do processo, aliada a uma deficiente argumentação para demonstrar que as provas e os argumentos da parte contrária eram falsos. E não será porque o juiz, equivocadamente, não se pronunciou expressamente a respeito da insuficiência de provas que não terá sido exatamente isso o que ocorreu (...). Não é o juiz do caso quem está mais habilitado a dizer se ele mesmo dispunha, ou não, de material probatório suficiente para formar o seu convencimento. A realidade dos fatos sempre fica

¹⁶² Nesse mesmo sentido é o escólio de Elton Venturi, que trata de ações coletivas ativas nos seguintes termos: “De fato, há disseminada compreensão doutrinária segundo a qual a formação da coisa julgada material nas demandas coletivas, em caso de improcedência, estaria imprescindivelmente condicionada à expressa menção do órgão julgador, por ocasião da fundamentação, a respeito do resultado das provas apuradas no feito: assim, se se afirmasse sua insuficiência ou deficiência, não incidiria a autoridade da coisa julgada; esta ocorreria, por outro lado, caso mencionasse o magistrado que a improcedência do pedido decorreria da suficiência probatória.

Tal concepção causa inegável *perplexidade*, sobretudo por se escorar em critério meramente *formal* (constar, ou não, do corpo da sentença a apuração do resultado das provas examinadas pelo juiz), ignorando, por vezes, a absoluta inviabilidade lógica e prática de a referida apuração ser levada a cabo ainda por ocasião do julgamento da primeira ação coletiva ajuizada.

Se não constitui tarefa difícil ao juiz concluir pela *insuficiência* ou *deficiência* das provas, para o fim de julgar improcedente o feito, não parece razoável, nem lógico, imaginar-se que tenha condições de afirmar, por ocasião da prolação da sentença, peremptória e definitivamente, que as provas produzidas foram *suficientes* para demonstrar a improcedência dos pedidos deduzidos.

(...)

Deseja-se afirmar, pois, *que a aferição sobre a possível suficiência probatória idônea à conclusão da improcedência da sentença que aprecia a lide coletiva só é factível sob uma perspectiva retrospectiva*, vale dizer, por ocasião da apreciação da nova ação coletiva, quando, então, se poderá cotejar a instrução probatória anteriormente realizada com as novas provas apresentadas”. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 387-388

obscurecida quando quem quer conhecê-la dela faz parte. Não é por outro motivo que o julgador deve ser, sempre, um 'terceiro desinteressado', alheio à lide. Enfim. Não deixa de estar julgando por insuficiência de provas o magistrado que, equivocadamente, pensa estar diante de todo o material probatório disponível para aquele caso concreto.¹⁶³

Nesse sentido, não é a declaração judicial de suficiência da atividade probatória do réu coletivo que determinará a impossibilidade de impugnação à sentença com esse fundamento. A suficiência da atividade probatória é conceito a ser analisado de forma global, diante do caso concreto. Portanto, pode ser aferido e impugnado após a prolação da sentença.

3.6. Rediscussão da causa já julgada

Há duas pretensões de rediscussão específicas às ações coletivas passivas que podem surgir após a prolação da sentença. Ambas representam formas de impugnação à sentença coletiva, e podem ocorrer por via individual ou por via coletiva.

A impugnação individual diz respeito à exclusão do indivíduo da classe. Por isso, ela terá maior relevância quando a ação coletiva passiva tiver tratado de direitos individuais homogêneos, pois estes possibilitam execução posterior. Nada impede, entretanto, que o indivíduo pretenda ver-se excluído de uma classe titular de direito coletivo.¹⁶⁴ Ainda que estes sejam indivisíveis, pertencem a uma coletividade ao menos determinável. Com relação aos direitos difusos, existe evidente impossibilidade lógica de se apresentar impugnação por esses motivos.

¹⁶³ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 133.

¹⁶⁴ Por exemplo, no caso em que se impõe uma obrigação de fazer ou não fazer sob pena de multa à coletividade-ré, e o indivíduo se vê injustamente (porque não integrante do grupo) exortado a cumprir a prestação pecuniária.

Já a impugnação por via coletiva concerne à alegação de inadequação do representante.¹⁶⁵ Nada impede que, terminado o processo, outro legitimado coletivo vislumbre a falta de controle sobre a representação adequada. A atuação do legitimado coletivo é tão importante, que não se pode excluir a possibilidade de anulação da sentença, posteriormente, por inadequação da representação.

Owen Fiss aborda a problemática nos seguintes termos:

Ao esboçar essa distinção entre os direitos de participação e de representação, pressupõe que a investigação sobre a adequação da representação tomara lugar no processo subsequente. Isso pode ser considerado indesejável, contudo, porque a investigação, relativa a saber se os interesses dos possíveis impugnantes foram adequadamente representados no processo inicial, pode, por si só, interferir no processo de implementação (...). A eliminação da possibilidade de qualquer processo posterior depende estritamente da existência de uma completa e ampla notificação do processo inicial, para que aqueles que possam, no futuro, alegar que seus interesses não foram adequadamente representados tenham, desde já, a oportunidade de fazê-lo. Além disso, uma instrução probatória com relação a quaisquer impugnações à estrutura de representação existente teria de realizar-se no curso do processo inicial, com dois resultados possíveis: a substituição do representante inicial putativo pelo novo impugnante ou, mais realisticamente, permitir ao novo impugnante a intervenção e, então, o compartilhamento do papel de representação.¹⁶⁶

Essas afirmações, que têm por objeto o direito norte-americano, podem ser assim compreendidas à luz do ordenamento brasileiro: verificado o efetivo controle sobre a representação adequada no processo originário, futuras impugnações ficarão prejudicadas. Para que isso ocorra, é necessário dar ao processo a maior publicidade possível, de modo que o controle seja exercido não só pelo Magistrado, mas também pelo Ministério Público, pelo próprio autor e também por outros legitimados. Desse modo, estimula-se o réu

¹⁶⁵ Deve-se atentar para o fato de que um representante que não se desincumbiu de seu ônus de efetuar a ampla defesa da classe não pode ser um representante adequado. Daí porque a alegação de insuficiência de defesa, indiretamente, concerne à adequação da representação levada a cabo pelo legitimado coletivo.

¹⁶⁶ FISS. Owen. *Um Novo Processo Civil*. São Paulo: RT, 2004, pp. 217-218.

a conduzir o processo da melhor maneira possível. Os interesses coletivos serão, assim, adequadamente representados.

Caso não se verifique esse rígido e eficaz controle sobre a representação adequada, outros legitimados coletivos poderão – na constância do processo e mesmo depois dele – questionar judicialmente a atuação do réu.

A representação adequada constitui-se em pressuposto processual de validade, condição para o regular desenvolvimento do processo.¹⁶⁷ Somente tem capacidade para estar em juízo aquele que for capaz de promover a defesa robusta da classe.

Nesse sentido, a ausência de representação resulta num processo inválido, por ausência de capacidade processual do réu. Resta, então, classificar essa invalidade e determinar qual o meio processual idôneo para sua impugnação.

Teresa Arruda Alvim Wambier, apesar de reconhecer a dificuldade de se trabalhar com uma separação rígida entre nulidades de forma e nulidades de fundo, enquadra nestas os “vícios ligados às condições da ação; aos pressupostos processuais positivos de existência e de validade; e aos pressupostos processuais negativos”, concluindo tratar-se de nulidades absolutas.¹⁶⁸

Calmon de Passos, que não distingue nulidades absolutas de relativas, considera que “o específico da nulidade reside em que ela é ineficácia do ato, judicialmente decretada, por força de sua atipicidade

¹⁶⁷ “O processo, que se traduz numa relação jurídica (relação jurídica processual), (...) para ter existência válida também se submete a certos requisitos, sem a coexistência dos quais o instrumento da jurisdição não oferece as garantias necessárias à prolação de uma decisão quanto à pretensão. E aí temos os pressupostos processuais, que são requisitos necessários à regularidade e existência da relação processual, isto é, pressupostos de um processo válido”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil* V.1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 171.

¹⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 200.

relevante. Por atipicidade relevante se entende aquela falta ou vício de um ou de alguns dos elementos do tipo (substanciais ou formais) que importem em inatingibilidade do fim posto ao ato pelo sistema jurídico”.¹⁶⁹

Foi visto que o artigo 13 do CPC, apesar de se referir à representação clássica, em que se defende em nome próprio um interesse alheio, pode ser interpretado teleologicamente, para fundamentar o controle do juiz sobre a atuação do ente coletivo.¹⁷⁰

Tem-se, então, o tipo legal (“verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito”), cuja inobservância importa a inatingibilidade do fim a que se destina: se não há representação adequada, não há igualdade processual. Logo, não se atinge o objetivo do dispositivo de lei.

É lícito concluir-se, assim, que a representação inadequada da classe ou grupo constitui nulidade absoluta por falta de capacidade para estar em juízo, pressuposto de validade para o regular desenvolvimento do processo.¹⁷¹ Pode ser, portanto, conhecida de ofício e a qualquer tempo, e o meio processual idôneo para atacar tal nulidade após a prolação da sentença é a Ação Rescisória, fundada em violação ao *caput* do artigo 13 do CPC.

¹⁶⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 146.

¹⁷⁰ Vide nota de rodapé nº 90.

¹⁷¹ “Por outro lado, ausentes os *pressupostos processuais de validade* e, mesmo assim, tendo sido proferida sentença de mérito, esta será *nula*.”

São eles: 1. A competência absoluta; 2. A imparcialidade; 3. A capacidade e a legitimidade processual; 4. A petição inicial apta; 5. A citação válida (ou o comparecimento espontâneo do réu)”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, pp. 376-377.

CONCLUSÃO

Revisitando-se os temas abordados ao longo deste estudo, é possível perceber que, partindo-se das premissas corretas, é possível sustentar a viabilidade de ações coletivas passivas no atual ordenamento brasileiro. É certo, porém, que muitas das sugestões propostas dependem de uma compreensão bastante arrojada das normas e princípios do Direito Processual Coletivo, o que indica que a matéria demanda ainda muito estudo e desenvolvimento.

Antes de se colocarem as conclusões obtidas com o presente trabalho, é fundamental que se atente para a advertência de Antonio Gidi:

Alguns autores estão convencidos da possibilidade, necessidade e conveniência de uma interpretação mais ampla e flexível da sistemática processual coletiva brasileira, em favor de se permitir *de lege lata* a propositura de ações coletivas passivas. Se é verdade que o CDC e a LACP não as contemplam expressamente, também é certo que não as proíbem. Se a tutela coletiva foi permitida pela lei e se há um regulamento processual adequado para a matéria, não há por que negar a possibilidade de uma ação coletiva passiva. A questão, porém, merece cuidadoso estudo, antes que uma palavra final possa ser dada a respeito.¹⁷²

Por isso, longe de representarem proposições de pretensa certeza, as conclusões a que se chegou no decorrer deste estudo configuram uma tentativa de fundamentação e sistematização das ações coletivas passivas a partir das normas já existentes em nosso ordenamento.

Cabe, então, lembrar o caminho percorrido e apontar quais foram as premissas que levaram à aceitação da demanda em face de um grupo e

¹⁷² GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 415.

quais as consequências de tal posicionamento, em face do princípio do devido processo legal.

1. Existem diversas ordens de interesses, os quais podem ser classificados segundo sua natureza em individuais, metaindividuais e público. Tais categorias podem entrar em conflito entre si, razão pela qual a possibilidade de se demandar em face de uma coletividade é conclusão lógica. Se uma lide é, no conceito carneluttiano, consubstanciada num conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro, e se a função da jurisdição é a justa composição da lide, parece lógico então que, havendo um conflito entre interesses juridicamente relevantes, abram-se os caminhos para a tutela jurisdicional, por meio de uma ação.

2. A judicialização de interesses contra o grupo é corolário do direito constitucional de ação. Uma vez que é concretamente possível a existência de um interesse individual contraposto a um interesse coletivo, não há fundamento que legitime a exclusão desse direito fundamental do potencial autor. Com fundamento na doutrina de Marinoni, sustenta-se que o fato de não haver normatização específica acerca das ações coletivas passivas não pode ser motivo para se inadmitir sua existência no direito brasileiro. O princípio da legalidade, que impediria o Estado de atuar sem prévia autorização legal, deve ser compreendido dentro de sua nova conformação histórica. Isso significa outorgar ao juiz poderes para concretizar os valores constitucionais, mesmo diante de uma omissão legislativa.

3. A constatação de que a ação coletiva passiva, mais que uma possibilidade, é um imperativo decorrente de norma constitucional, leva

necessariamente ao problema da representação da classe. A investigação da natureza da legitimação do representante é tarefa essencial, eis que a opção por um ou outro modelo teórico espargirá efeitos em todo o restante da construção. Optou-se, então, com base em Marcelo Abelha, por considerar a legitimação nem ordinária nem extraordinária, mas autônoma, eis que, nas ações coletivas para a defesa de direitos metaindividuais, o eixo de análise deixa de ser a titularidade do direito material e passa a ser o reconhecimento da adequada representação, no processo, para proteger e tutelar esses direitos.

4. A partir de Owen Fiss, pode-se distinguir basicamente dois modelos de representação a partir dos quais pode ser entendido o Direito Processual Coletivo: o sistema de representação de pessoas e o sistema de representação de interesses. Há nítida vantagem deste sobre aquele, em razão dos regimes de coisa julgada, vinculação de terceiros e expedição de notificações. Ao se considerar a representatividade adequada um critério de legitimação, então, deve-se ter como fundamento que a representação não se refere a pessoas ou grupos, mas a interesses. Consoante o direito de representação, nenhum indivíduo pode ser obrigado por uma decisão judicial a menos que seus interesses estejam adequadamente representados no processo.

5. Enquadrando-se a legitimação coletiva como autônoma, e aceitando-se que o processo coletivo brasileiro pode ser visto a partir do modelo de representação de interesses, percebe-se que a representação adequada ganha posição central dentro do sistema. O controle judicial sobre essa adequação passa a ser, então, consequência natural do modelo que se

buscou construir. Afinal, uma representação inadequada não possui aptidão para vincular quaisquer espécies de interesses.

6. A idéia de que o legislador teria fixado previamente os legitimados coletivos, com presunção absoluta de representatividade adequada, é insustentável. Tal afirmação é fundamentada no pensamento de Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr., para quem é desarrazoado imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor *qualquer* demanda coletiva. É preciso verificar se o legitimado coletivo reúne atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de *determinado* processo coletivo. Todos os critérios para a aferição da *representatividade adequada* devem ser examinados no caso concreto, a partir do conteúdo da demanda coletiva e das peculiaridades do processo em questão.

7. O conteúdo jurídico da representação adequada pode ser buscado no direito norte-americano, onde, de acordo com Castro Mendes, é realizada uma dupla fiscalização. Sobre o advogado, recaem requisitos como a qualificação profissional, especialização na área, a experiência com ações coletivas, a qualidade dos escritos submetidos ao tribunal e o desempenho na causa como um todo, o relacionamento com a parte, cumprindo com o seu dever de comunicação e esclarecimento dos membros presentes da classe, a estrutura e a capacidade do escritório para patrocinar o litígio, a conduta ética e os antecedentes, bem como a existência de conflitos de interesse. Com relação às *representative parties*, por sua vez, são considerados o comprometimento com a causa, a motivação e o vigor na condução do feito, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira, o conhecimento do

litígio, honestidade, qualidade de caráter, credibilidade e comunhão de interesses.

8. Admitido o efetivo controle judicial sobre a adequação da conduta do legitimado, conclui-se que tanto os interesses coletivos quanto os individuais serão debatidos em pé de igualdade no processo. Ambos serão defendidos por representantes idôneos. Por isso, merecem o mesmo tratamento processual, o que implica um regime de coisa julgada diverso daquele previsto para ações coletivas ativas.

9. Estabelecido esse conjunto de premissas, tem-se então como possível, no direito brasileiro, a existência de ações contra a classe. Essa posição leva diretamente a um segundo problema: se tais ações são admissíveis e não há qualquer regramento expresso acerca de seu funcionamento, deve-se estudar o tema de modo a superar eventuais dificuldades fáticas. A praxe forense, ignorando a ausência de regramento expresso acerca das ações coletivas passivas, tem aceitado esse tipo de demanda. Torna-se imperiosa, por isso, a sistematização de seu funcionamento. É o que anima a segunda parte deste estudo, em que se cuida de elaborar uma proposta *de lege lata*.

10. Com relação à legitimidade passiva *ad causam*, em regra, qualquer coletividade organizada poderá ser ré, desde que o legitimado, previsto pela legislação, exerça adequadamente o seu papel de representante. Para garantir sua correta atuação, ele será fiscalizado pelo Ministério Público, pelo juiz e pelo próprio autor, que tem interesse em evitar futuras impugnações a uma eventual sentença favorável a si.

11. O Ministério Público, assim como outros órgãos legitimados ativamente pelo artigo 82 do CDC, não é um “legitimado coletivo passivo ordinário”, por falta de personalidade jurídica. Eventualmente, entretanto, poderá ser demandado enquanto representante de uma coletividade. Isso ocorre nas hipóteses de ações coletivas passivas incidentes: ação rescisória e cautelar incidental, quando ajuizadas pelo réu da ação coletiva originária; embargos do executado e de terceiro, em execução coletiva. Reconvenção e ação declaratória incidental ficam desde logo excluídas desse rol, visto que o réu da dessas ações deve possuir legitimidade passiva do mesmo modo como se fosse réu numa ação coletiva passiva originária. A falta de personalidade jurídica exclui também a possibilidade de movimentos sociais serem demandados passivamente.

12. O problema da interrupção da prescrição pode ser superado mediante adoção do modelo de representação de interesses, aliado a uma correta interpretação e aplicação do artigo 94 do CDC. Desse modo, sustenta-se, com fundamento na doutrina de Antonio Gidi, que a prescrição é interrompida somente em face dos membros do grupo-réu que forem efetivamente notificados sobre a propositura da ação coletiva, seja através de notificação pessoal ou não: o que importa é que tenham conhecimento efetivo da existência da ação.

13. Quanto ao controle *de lege lata* sobre a representação levada a cabo pelo legitimado, tem-se que a falta de critérios legais impede que se negue liminarmente direito de ação a um legitimado com base em suas atuações passadas ou em seu histórico na defesa dos interesses difusos e coletivos. Por outro lado, é possível que esses mesmos parâmetros legitimem

positivamente a sua conduta. Para deslegitimar um representante, somente a sua atuação no processo em curso poderá ser analisada. O representante deverá demonstrar comprometimento com a causa, motivação e vigor na condução do feito, capacidade financeira, conhecimento do litígio, honestidade, combatividade, dentre outros conceitos que, ainda que positivados, deixariam a cargo do magistrado a concretização de seu conteúdo.

14. No que tange à atividade probatória e a formação de coisa julgada, a simples inversão do atual sistema tornaria estéril qualquer tentativa de sistematização das ações coletivas passivas, na medida em que muitas vezes restaria inútil ao autor promover tal ação. Devem-se dividir, então, as ações de acordo com o autor (individual ou coletivo), a categoria de interesse demandada e o resultado da demanda.

15. No caso de improcedência do pedido individual formulado em face de interesses difusos ou coletivos, pode-se sustentar, com Ada Pellegrini Grinover, que, caso a ação individual em face de direito transindividual seja julgada improcedente, haverá formação de coisa julgada normalmente. Apenas se inverte a regra do artigo 103, I e II, do CDC.

16. Em caso de procedência do pedido individual formulado em face de interesses difusos ou coletivos, além de a conduta do réu passar pelo crivo da aferição de representação adequada, a atividade probatória do autor deverá ser suficientemente robusta, vez que somente sobre ele recairá o ônus da prova, entendido como regra de julgamento. Mantém-se, assim, a regra da formação de coisa julgada *secundum eventum litis* devidamente amoldada às necessidades da ação coletiva passiva.

17. Em caso de procedência do pedido individual formulado em face de direitos individuais homogêneos, ao invés de se pensar no legitimado coletivo como um representante do grupo, deve-se encará-lo como um representante dos *interesses* do grupo. Nesse sentido, caso os interesses do grupo sejam adequadamente representados, nada obsta que a sentença transite em julgado e seus efeitos sejam expandidos à esfera individual. Lembre-se de que aqui não há temperanças com relação à atividade probatória.

18. Finalmente, no caso de uma ação duplamente coletiva, admite-se, com Diogo Maia e Ada Grinover, que, como se estará diante de direitos da mesma natureza (direitos transindividuais ou, ao menos, tratados como tal), não se justifica qualquer mitigação à sistemática tradicional da coisa julgada. Não há fundamento para se promover qualquer espécie de desequiparação. Por tal razão, a coisa julgada operará normalmente, desvinculada da atividade probatória das partes.

19. Com relação à sentença, ainda que julgue o mérito, não se poderá afirmar desde logo que houve suficiência de defesa. Não é a declaração judicial de suficiência da atividade probatória do réu coletivo que determinará a impossibilidade de impugnação à sentença com esse fundamento. A suficiência da atividade probatória é conceito a ser analisado de forma global, diante do caso concreto. Portanto, pode ser aferido e impugnado após a prolação da sentença.

20. Finalmente, são admitidas impugnações posteriores à adequação do representante, ainda que já tenha se encerrado o processo. Pode-se afirmar que a representação inadequada da classe constitui nulidade

absoluta por falta de capacidade para estar em juízo, pressuposto de validade para o regular desenvolvimento do processo. Pode ser, portanto, conhecida de ofício e a qualquer tempo, e o meio processual idôneo para atacar tal nulidade após a prolação da sentença é a Ação Rescisória, fundada em violação ao *caput* do artigo 13 do CPC.

BIBLIOGRAFIA

- ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVES, Rubem. *Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e a suas regras*. 11. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, *in Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Inibitória da Vida Privada*. São Paulo: RT, 2000.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BORGES, José Souto Maior. O Direito como Fenômeno Lingüístico, o Problema da Demarcação da Ciência Jurídica, sua Base Empírica e o Método Hipotético-Dedutivo, *in Anuário do Mestrado em Direito*, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, nº 4, jan./dez. 1988.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. V: I. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, V.4 – Processo Coletivo. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. Saraiva: São Paulo, 2001.

DINAMARCO, Pedro. Las acciones colectivas pasivas em el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Editorial Porrúa, 2004.

FAVA, Marcos Neves. A classe no Pólo Passivo da Ação Coletiva. *Ação coletiva na visão de juízes de procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

GUEDES, Clarissa Diniz. A Legitimidade Ativa na Ação Civil Pública e os Princípios Constitucionais, *in Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002.

GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, v. 361, mai./jun. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 101, jan./mar. 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

MAIA, Diogo Campos Medina. A Ação Coletiva Passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

MAIA, Diogo Campos Medina. *Os fundamentos da Ação Coletiva Passiva*. Dissertação de Mestrado. 2006 – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Na ação do consumidor, pode ser útil a defesa do fornecedor, *in Revista do Advogado* nº 33.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NETTO, Nelson Rodrigues. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 149, jul. 2007..
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil* V.1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action Brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”*. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.